



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

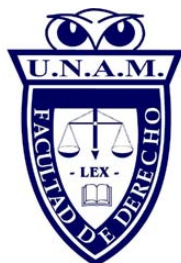
**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA
NECESIDAD DEL CAMBIO A LA ESTRUCTURA DE LA FINALIDAD
DE LA PENA”.**

TESIS:

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA: RAFAEL RAMÍREZ AMPARO.



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL; 2010.



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.

“Cogitationis Poenam Nemo Patitur...”

“El pensamiento no delinque...”

Ulpiano.

AGRADECIMIENTOS:

A mi alma Mater, que a un siglo de vida lo menos que podemos decir; quienes hemos tenido la oportunidad de pisar sus aulas, Gracias...

Al Director del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, Maestro José Pablo Patiño Souza, quien con su apoyo incondicional se realizó el presente trabajo, por su confianza gracias. De igual forma agradecer los conocimientos que comparte día a día en las aulas con todos sus alumnos ...

Agradecimiento especial al Profesor Licenciado Guillermo González Pichardo, quien me brindo su orientación; en un momento trascendental en el desarrollo de este trabajo, por su apoyo desinteresado gracias...

A mi maestro de maestros, que me ha acompañado todos estos días de vida y a quien le debo todo; Dios gracias...

A mis padres, quienes hoy como ayer ven reflejado su mejor esfuerzo en mi persona y que con su apoyo, se cumple una meta más en sus vidas; mil gracias por dejarme ser parte de ellas...

ÍNDICE TEMÁTICO

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA NECESIDAD DEL CAMBIO A LA ESTRUCTURA DE LA FINALIDAD DE LA PENA”.

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I MARCO HISTÓRICO DE LA PENA DE PRISIÓN Y ASPECTOS GENERALES DE LA FINALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN	
1.1.- EVOLUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN	11
1.1.1.- PRISIÓN EN LA ÉPOCA ROMANA	14
1.1.2.- PRISIÓN EN LA EDAD ANTIGUA	16
1.1.3.- PRISIÓN EN LA EDAD MEDIA	19
1.1.4.- PRISIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA	21
1.2.- EVOLUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y EL FIN DE LA PENA EN MÉXICO	25
1.2.1.- INSERCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, EN NUESTRO ORDEN JURÍDICO	28
1.2.1.1.- ORÍGENES CONSTITUCIONALES DE LA PENA DE PRISIÓN Y EL FIN DE LA PENA	31
1.2.1.2.- ASPECTOS GENERALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1824 Y 1857; EN RELACIÓN A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA	33
1.2.1.3.- ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917; EN RELACIÓN A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA	36
1.2.1.4.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA	39
1.2.2.- RETROSPECTIVA HISTÓRICA, DE LA SISTEMÁTICA PENOLÓGICA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL	44
1.2.2.1.- CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1871	46
1.2.2.2.- CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1929	47
1.2.2.3.- CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931	50
1.2.2.4.- CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1999	54
1.2.2.5.- ACTUAL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	56

1.3.- FINES DE LA PENA	62
1.3.1.- TEORÍA ABOLICIONISTA	65
1.3.2.- TEORÍA JUSTIFICIONISTA	69
1.3.2.1.- TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL	73
1.3.2.2.- TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL	80
1.3.2.3.- TEORÍA RETRIBUCIONISTA DE LA PENA	84
1.3.2.4.- TEORÍA FUNCIONALISTA	91
CAPITULO II FUNCIONES, EFECTOS Y GENERALIDADES DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS.	
2.1.- CONSIDERACIONES DE PRECURSORES DE LA PRISIÓN	94
2.1.1.- HOWARD	94
2.1.2.- BECCARIA	98
2.1.3.- BENTHAM	101
2.1.4.- MONTESINOS	103
2.1.5.- RAFAEL SALILLAS Y PANZANO	106
2.2.- FUNCIÓN DE CONTENCIÓN DEL DELITO	108
2.2.1.- REACCIÓN SOCIAL ANTE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS	111
2.2.2.- REACCIÓN JURÍDICO PENAL	114
2.2.2.1.- PUNIBILIDAD	117
2.2.2.2.- PUNICIÓN	121
2.2.2.3.- PENA	124
2.3.- FUNCIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO	127
2.3.1.- RETRIBUCIÓN DEL DELITO	132
2.3.2.- READAPTACIÓN SOCIAL	134
2.4.- TIPOS DE SISTEMAS PENITENCIARIOS	138

3.1.2.2.4.5.2.- ASPECTOS GENERALES DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS, SOBRE TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS	223
3.1.2.2.5.- REGLAS GENERALES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN	227
3.1.2.2.6.- REGLAS ESPECIALES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN	230
CAPITULO IV FINALIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD VITALICIA, CONTRARIA A LA FINALIDAD DE LA PENA DE READAPTACIÓN SOCIAL.	
4.1.- ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA XIX/2006, EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	238
4.1.1.- CRITERIOS MÁS IMPORTANTES, ADOPTADOS POR LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	245
4.1.1.1.- RESEÑA DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	248
4.1.1.2.- RESEÑA DE ALGUNOS VOTOS PARTICULARES	251
4.1.2.- SISTEMÁTICA NORMATIVA EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA	261
4.1.2.1.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA	264
4.1.2.2.- VULNERABILIDAD DE GARANTÍAS INDIVIDUALES CON LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA	268
4.1.2.2.1.- READAPTACIÓN SOCIAL COMO GARANTÍA INDIVIDUAL	272
4.1.2.2.2.- READAPTACIÓN SOCIAL COMO FINALIDAD DE LA PENA	276
4.1.2.3.- MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL	279
4.1.2.4.- MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	281
4.1.2.5.- CRITICA A LOS FINES DE LA PENA; QUE PERSIGUE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA	282
4.1.2.5.1.- LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA, CONTRARIA A LOS FINES DE LA PENA, QUE CONTEMPLA NUESTRO SISTEMA PENOLÓGICO	284

4.1.3.- CONSIDERACIONES PERSONALES ACERCA DE LA FUNCIONALIDAD DE LA READAPTACIÓN SOCIAL COMO SUBSISTEMA	287
4.1.4.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA UNA MEJOR READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS	292
CONCLUSIONES	299
PROPUESTA	303
BIBLIOGRAFÍA	305
LEGISLACIÓN	309
OTRAS FUENTES	310

Nota aclaratoria: El autor de esta tesis consideró metodológicamente correcto establecer citas textuales referenciadas por capítulo, con la intención de facilitar su comprensión al momento de dar lectura al mismo y con ello dar a conocer las fuentes de consulta empleadas en el presente trabajo; así mismo para el mejor empleo de las citas, fue consultada la publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que lleva por título “*Criterios Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*”; elaborado por Raúl Márquez Romero.

INTRODUCCIÓN

En la presentación de la tesis propuesta, tengo particular interés en dirigir mi estudio a la contrariedad que presenta la imposición de la pena privativa de la libertad vitalicia, aceptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la emisión del criterio jurisprudencial XIX/2006 y la finalidad de la pena contenida en nuestro orden jurídico y sistemática penal, de readaptación social o más actualmente denominada reinserción social, situación que a todas luces no se daría, en el supuesto caso en que se imponga prisión vitalicia a un sujeto.

Siendo el principal análisis el de las distintas disposiciones normativas, constitucionales, adjetivas y procesales, correspondientes al sistema de imposición, así como de ejecución de penas; en particular la privativa de libertad, con el fin de conocer el papel que juega la finalidad de la pena contemplada en el artículo 18 constitucional, elevada a garantía individual la de readaptación o reinserción social del delincuente, no siendo contraste a dicho fin; el modelo penitenciario y penológico, que han adoptado nuestros códigos al respecto, siendo las máximas penas privativas de libertad contempladas en las disposiciones penales, la de cincuenta años y en algunos casos hasta de sesenta años de reclusión, aunado a ello la existencia de una Ley de Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados, por lo que es innegable que el sistema penal dentro de nuestro marco Jurídico, esta realizado para cumplir con dichos fines.

Considerando así la readaptación social, como basamento del sistema carcelario y penitenciario adoptado por las leyes de nuestro país; el presente trabajo tiene por objetivo señalar algunos caminos que conducen a la readaptación social del sentenciado, en tal tesitura propongo una vinculación de los medios existentes en la ley, con la finalidad de readaptar al delincuente esto es; si la finalidad es readaptar socialmente al

delincuente, los medios deben de estar orientados de manera tal que conduzcan de forma eficaz a esa readaptación, ahora bien si la tendencia es la de retribuir el delito mediante la imposición de penas más severas, debiese de contemplarse otra finalidad adicional a la readaptación social en el texto constitucional, para establecer la reintegración o mejor dicho readaptación como subsistema, siendo opción para suplantar la redacción del pacto federal, la finalidad objeto de la prevención general o en su caso la prevención especial, contribuyendo con ello a la legitimación de las penas privativas de libertad de larga duración y evitar vulnerar garantías individuales que propicien incertidumbre jurídica.

En el presente trabajo propongo que los medios empleados no sean contradictorios entre sí, o peor aún que dichos medios contradigan la ley, debido a que dicha contradicción neutraliza la eficacia de la organización del sistema penal en general, impidiendo así cumplir con la readaptación como sucede en la actualidad, ya que se ha adoptado una política penal represiva sustentada en la prisión, siendo que el sistema esta pensado para adoptar una política penal armónica, congruente, al margen de las tendencias del derecho penal Internacional, fortaleciendo al estado mexicano el cual tiene sentido garantista, mediante la certidumbre jurídica que la ley brinda a sus gobernados, contribuyendo a que las instituciones actúen en el marco de un estado democrático y de derecho, el cual debiese tener sustento en el derecho penal, que refleje la presencia de un orden normativo sistematizado, en los distintos niveles de gobierno, en un entorno global.

Al referirme a la armonía en el presente trabajo que presento para postular mi examen recepcional, pretendo justificar la readaptación social como un subsistema, lo que necesariamente debe de ser analizado en la

etapa de la ejecución penal dentro del sistema penal y no simplemente desde el punto de vista penitenciario, porque éste se circunscribe a la readaptación de aquellos sentenciados privados de su libertad, lo que es del todo contradictorio, puesto que el sistema penitenciario, por ocuparse de una clase reducida de sentenciados, cualquiera que haya sido su sanción impuesta, deja de lado a aquellos privados de su libertad de manera provisional y que no han sido sujetos a proceso, quienes cumplen en más de las veces la privación de su libertad en un centro de reclusión, incluso algunos mezclados con quienes ya fueron sentenciados.

Es materia de la investigación que se propone realizar, una revisión de los medios utilizados para cumplir con la readaptación de los sentenciados, pues para ello es necesario que exista una organización previa en un sistema para la readaptación y que en la práctica, se incentive entre nuestras autoridades encargadas de la imposición de las penas; la utilización del modelo creado por nuestras leyes e instituciones, modificando aquellas disposiciones que no encuadren en el orden jurídico establecido para la readaptación, de todos los condenados a penas privativas de libertad en especial aquellas que se podrían llegar a considerar vitalicias, toda vez de que rebasan el promedio de vida de los seres humanos, pues es en esta medida en que se incluya a todos los sentenciados, así como a todos los medios; es que se puede lograr la finalidad de readaptación social del delincuente, motivando con lo anterior un sistema penal congruente, integro y aun más armónico.

Por otro lado el modelo teórico propuesto en todo nuestro marco normativo, debe de ser llevado a la practica por el órgano jurisdiccional, puesto que no sólo es el encargado de imponer penas y/o medidas de seguridad privativas de libertad y no necesariamente privativas de libertad,

pues unas u otras son consecuencia de la comisión de un delito, su existencia entonces lleva aparejada la presencia de un delincuente y la presencia de éste hace necesaria su readaptación.

Dicho lo anterior el tratamiento de readaptación ha de aplicarse a todo delincuente cualquiera que sea la pena bajo el principio de igualdad ante la ley, cualquiera que sea la pena y/o medida de seguridad impuesta; la readaptación social debe alcanzar no sólo al sujeto sancionado e internado en una penitenciaría o como se denomine al centro de reclusión donde se encuentre, sino también, al sujeto que se encuentra en libertad para ser procesado o bien purgado, evitando con ello la reincidencia, la retribución o expiación por el delito cometido el cual debe ajustarse a la punibilidad establecida por legislador para el delito respectivo, pues es indudable que la práctica nos revela que ninguna forma reintegradora puede llevarse a cabo en condiciones de encierro por lo cual no concluye sus objetivos.

En este contexto destaco el hecho de que la mayoría de los especialistas en el tema, juristas obviamente; se han ocupado en estudiar el tratamiento en demasía de aquellos quienes se encuentran privados de su libertad, de igual forma la legislación penal se limita a dichos sujetos, limitación que en aplicación del tratamiento de readaptación resulta inútil para la verdadera reinserción social, pues no basta con la aplicación de un tratamiento para cada delincuente, ya que es necesario además, eliminar todas las prácticas judiciales y penitenciarias que, al introducir factores contrarios al principio nulla poena sine lege, neutralizan la eficacia del tratamiento de readaptación, así mismo la vida dentro de los penales debe de estar sujeta a una procuración penitenciaria que de seguimiento a la serie de violaciones flagrantes de que son objeto quienes viven en prisión.

Por la misma razón, deben eliminarse las normas penales que vulneran las garantías consagradas en la constitución, o modificar aquellos resquicios constitucionales o legales que no sean del todo claros, para evitar una falaz o abusiva interpretación de la norma, contraria a la aplicación del derecho positivo y a las libertades mismas como pienso que sucedió en el caso de la jurisprudencia supracitada y de la cual he de referir mi opinión en este trabajo; hago evidente que no es mi intención desacreditar el trabajo de nuestro ministros, ni mucho menos pretendo crear falsas imputaciones a nuestras autoridades jurisdiccionales, puesto que la creación, corrección, modificación o abolición de las normas que no son claras y que se presentan en la ley, al arbitrio de quienes la interpretan es omisión evidente de nuestros legisladores.

En síntesis es el análisis de la política penal que adopta el estado mexicano, con apoyo de la tesis sugerida por la autoridad jurisdiccional; la cual ocasiono serias contradicciones que redundan en una falta de sistematización y de metodología en la ley, lo que me permitió referirme a los precarios modelos de encarcelamiento, así como la falta de modelos de prevención más que de represión, que contrarían la evolución propia del derecho penal, por lo cual considere necesario proponer de manera objetiva en este trabajo, el fortalecimiento de nuestro sistema garantista, con disposiciones legales secundarias que establezcan un procedimiento adecuado para la excarcelación, en lugar de apoyar aquellos fines de retribución en los que se basa la pena de prisión perpetua.

CAPITULO PRIMERO
MARCO HISTÓRICO DE LA PENA DE PRISIÓN Y
ASPECTOS GENERALES DE LA FINALIDAD DE LA PENA
DE PRISIÓN.

1.1. EVOLUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

El presente apartado, se encuentra dirigido a enmarcar históricamente las distintas fases evolutivas que han existido de la pena privativa de libertad, o hasta antes de la edad media denominada prisión, su aplicación y adaptabilidad social, en diversas épocas como medida represiva a las conductas antisociales; motivo suficiente para realizar una división fase por fase a manera de síntesis, soslayando la importancia que se le ha dado a este castigo, así mismo; la finalidad que ha tenido la aplicación de esta pena desde que se comenzó a utilizar como tal.

Históricamente, a través de las diversas fases evolutivas del hombre, como ser racional e incluso en su etapa más primitiva, los seres humanos han sido presa de actos criminales, tal vez en las sociedades primitivas estas acciones fueron poco frecuentes y de escasa importancia, debido, seguramente, a la necesidad de ayuda mutua y siguiendo su instinto de supervivencia; necesario ante los ataques de las fieras o para defenderse de los elementos de la naturaleza desatados, todo ello con objeto de adaptarse al medio.

Son los impulsos naturales de autodefensa, es decir; protección de su persona y de sus bienes, lo que propicio las reacciones a dichas ofensas y frente a sus agresores e incluso frente a sus semejantes, por ello tal vez nos dice Thomas Hobbes, que “El Hombre es el Lobo del Hombre” citado por Mario de la Cueva en su Obra *La Idea del Estado*.¹

¹ Cueva Mario de la, *La Idea del Estado*, 5ª. ed; México, UNAM, 1996, p. 214

En un principio, entre los primeros grupos de seres humanos, se suscitaron reacciones conscientes por parte de la comunidad, para quienes trasgredían ciertos hábitos consentidos por todo el grupo; hábitos que eran transmitidos de generación en generación por medio de la imitación y la tradición, y que, arraigados en la conciencia de las gentes, dieron lugar a usos y costumbres que con el tiempo germinaron en el derecho y en todas las demás normas de la vida social.

Aun cuando embrionariamente surgen las modalidades de las normas jurídicas, las ofensas hechas a la colectividad provocaron reacciones también colectivas cuya manifestación fue la de expulsar del grupo a los responsables y exponerlos, sin protección a la venganza de todos; así, la clase social dominante, encontró en la aplicación de penas, una forma de control social, con el poder de castigar por medio de la ley que prevalece a cada época.

Al principio las formas para reparar una ofensa, se manifestaban sin un parámetro para delimitar su extensión, se procuró con el tiempo proporcionar y medir las represalias al daño causado, dando vida, siglos después, a la fórmula talional de ojo por ojo y diente por diente.

Para el autor; Muñoz de León José, al reglamentarse el derecho de venganza que durante tanto tiempo se miró como exclusivo del ofendido, o de sus parientes, bajo el principio de que el castigo debe de ser proporcional a la ofensa, procurando aplicarlo con las mismas armas y del mismo modo, es cuando nace la *pena*, como medida jurídica, puesto que; la sanción adquiere ya un carácter de ejemplaridad tendiente a evitar o disminuir la repetición de actos perjudiciales².

² Muñoz León José, *La pena Capital, Su Justificación y la Necesidad de su aplicación en México*, México, UNAM, 1954, p.15.

El desarrollo de la propiedad privada y de las actividades comerciales, originó que el agravió más que ser vengado con sangre se compensara con bienes materiales, para ello se tomaba en cuenta la edad, el sexo, la importancia social de la víctima y la gravedad del daño causado. La unidad de medida para el pago del precio de la reparación la proporciono sucesivamente el valor del ganado, de los esclavos y de los metales preciosos.

Así pues, poco a poco fue disminuyendo la sanción capital, gracias al movimiento civilizador en las penas, siendo la sanción más importante la pena privativa de libertad, cobrando gran auge la utilización de la prisión, en la mayoría de los países civilizados de la época se habilitaron reclusorios. Con su utilización se logro mayor perfección, respecto de la aplicación de otras penas para quienes corrompían el orden normativo social establecido, logrando con ella la aplicación de un castigo más humano, marcando así, una fase evolutiva en el sistema penal desde el punto de vista conceptual.

Con la proliferación de ideas del enciclopedismo francés y alemán, las corrientes filosóficas y el pensamiento científicista, se extendieron por toda Europa, cobrando un auge universal repercutiendo en el ámbito penal, con un sentido humanista cuya consecuencia fue la repulsa a todo tipo de penas corporales, así mismo; las infamantes, siendo esta tendencia la adoptada por muchos pueblos y gobiernos del mundo hasta entonces conocido en aquella época.

Vemos pues que los orígenes de la pena privativa de libertad, no tiene marcada una larga historia; debido a que su aplicación como castigo comenzó a mitad del siglo XVIII, a finales del medioevo; suplantando castigos corporales (pena de muerte, azotes, lapidación, la picota, el destierro etc.) que hasta entonces eran utilizadas como medios para la contención de los delitos.

En tal tesitura, la pena privativa de libertad fue el gran invento social; que a la luz de las transformaciones sociales de aquella época, tuvo como función la de intimidar siempre a quienes eran motivados a delinquir y en algunas ocasiones, corregir al sujeto incorregible entre muros, con la firme intención de hacer disminuir el delito.

1.1.1. PRISIÓN EN LA ÉPOCA ROMANA.

Existen referencias doctrinales de que la prisión, no fue utilizada como castigo de delincuentes por las primeras civilizaciones, más bien se había establecido como un medio para custodiar a procesados, hasta que se les dictara sentencia; en un contexto histórico totalmente distinto y con una finalidad diferente a la que se le atribuyó a mediados del siglo XVIII.

En este sentido respecto a los antecedentes de la prisión, en su aspecto preventivo y de pena en la época romana, el autor Fernando Barrita señala lo siguiente:

“la vincula romana, era el lugar donde los atados, los vinculados (prisioneros de guerra) estaban custodiados, sin embargo, dentro de las vinculas o cárceles, las personas podían estar también sin ligadura alguna en su cuerpo, pues en realidad el fin principal que se perseguía a través de ellas fue asegurar la validez y prolongar la duración de la detención, hasta el cumplimiento de la condena correspondiente”.

Comenta este autor, se puede apreciar que la prisión o vincula para los romanos, fue utilizada como un medio de custodia, hasta en tanto se impusiera un castigo (hoy llamada pena de prisión preventiva), por lo que propiamente no podemos atribuirle finalidad alguna a este tipo de encierro, ya que solamente cumplía con el cometido de separar al rijo del resto del pueblo, custodiándolo para recibir un castigo lo que significaba la enmienda en sí.

En este contexto el jurisconsulto Ulpiano, en palabras de este último autor; “señala que la cárcel debió ser el lugar utilizado como custodia para los detenidos pero de ninguna manera para castigarlos y afirma que en la época del imperio romano, un hombre solamente podía ser condenado a prisión perpetua, si se trataba de sujetos en condición servil, situación que desapareció cuando el emperador Adriano lo prohibió ³”.

De esto último podemos deducir que el esclavismo era de algún modo la finalidad a perseguir por los gobernantes de aquella época, ya que un sujeto que era condenado a pagar su culpa mediante una pena, de inmediato adoptaba la condición de esclavo, siendo este su estatus; puesto que para los romanos el encierro, tanto en las cárceles privadas (ergastulum) como en las públicas (vincula pública), tenía un doble sentido: el de custodia (como medio) y el de castigo (como fin) siendo el castigo en más de las veces el de volverse esclavo de aquel a quien se le había causado un daño.

Desafortunadamente con el tiempo, el ergastulum fue utilizado por los propietarios y poderosos, para conservarse en el poder, lo mismo para encerrar deudores confessus a judicatus; que a sus opositores políticos acérrimos, hasta que dichas prácticas fueron prohibido por la constitución del emperador Zenón, reservándose las cárceles públicas para los crímenes públicos capitales como muda amenaza buscando la disuasión.

No obstante lo anterior en la civilización romana se estilo, la utilización de formas correccionales, para sancionar conductas antisociales, lo que podemos observar en Emma Mendoza Breamauntz; quien al respecto comenta lo siguiente:

“el sentir de los filósofos griegos, especialmente platón y Aristóteles; marcan ya la trascendencia de buscar en la finalidad de

³ Barrita López Fernando, *Prisión Preventiva y Ciencias Penales (Un enfoque Interdisciplinario)*, México, Porrúa, 1999, p.29

la pena, un espíritu humanista y curativo; por ejemplo al concebir Platón la pena como *medicina del alma* y Aristóteles al considerar que;”el dolor infligido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la *voluptuosidad deseada* y en la Ley de las XII tablas *al distinguir taxativamente delitos Públicos y privados* y ratifica la venganza de la sangre, atemperada por el talión y la composición, se contempla un germen correccional⁴ “.

En nuestra opinión, la anterior cita muestra como es posible que, los romanos en la búsqueda de perfeccionismo, lograran establecer los principios por medio de los cuales, a la postre la criminología clínica sentara sus bases, preocupados por la evolución del razonamiento y con ello la cura a los males sociales, previendo la imposición de penas como una cura que se vería reflejada en el actuar constante del pueblo, lo que hoy conocemos como prevención general positiva, buscando ordenar de algún modo la forma en que se imponían los castigos y con el fin de corregir las formulas talionales, de aquella época, las cuales habrá que decirlo eran consideradas inhumanas.

1.1.2. PRISIÓN EN LA EDAD ANTIGUA.

La sociedad primitiva como hemos comentado, fue marcada por reacciones violentas, inconscientes, instintivas, en lo que respecta a la aplicación de la pena de prisión tuvo como fin principal la custodia, para asegurar la asistencia al proceso y la ejecución de la sentencia del acusado.

Es sabido que por períodos breves y en distintos países se utilizó la prisión como pena, pero sin una continuidad que nos hable de una aceptación y

⁴ Mendoza Bremauntz Emma, *La Pena Como Tratamiento del Delincuente*, México, UNAM, 1997, p. 37.

una normativización de este uso, como si sucede desde su aparición a finales de la edad media por tal motivo, podemos decir que la llamada prisión preventiva, se aplicó primero que la pena de prisión.

En este sentido, comenta la misma autora Emma Mendoza Bremauntz; que en la edad antigua, la prisión tuvo como fin principal la custodia, para asegurar la asistencia al proceso y la ejecución de la sentencia del acusado; de esta suerte, como prisión procesal la encontramos en Persia y Babilonia, China, Egipto e Israel.

En el mismo orden de ideas; confróntese lo anterior con lo escrito por el autor alemán Von Henting, al referir que: “al norte de Europa, comúnmente se utilizaban aljibes o pozos abandonados o desniveles profundos y ahí se introducían a los presos, que pocas veces lograban salir a ver nuevamente la luz del día; se les introducía mediante escaleras que se recogían inmediatamente después, bajándoseles los pocos alimentos que se les proporcionaban por medio de cuerdas o bien simplemente arrojándose los desde lo alto⁵ “.

Al observar las reflexiones citadas anteriormente, vemos que la prisión en la edad antigua, comienza a tomar tintes muy parecidos a como actualmente la conocemos, aunque utilizando el encierro no como un castigo en sí, mejor dicho; como un castigo previo antes de ser condenado al castigo que recibiría, tal y como sucedió con los romanos, sin embargo; es muy notorio que los castigos inflingidos para quienes trasgredían el orden social de aquella época, sobrepasaba en mucho el dolor que tal vez; habían ocasionado con su conducta antisocial.

⁵ Von Henting, Hans; *La Pena, las Formas Modernas de aparición*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, t.II, p.190.

En relación a lo expuesto con antelación, Emma Mendoza Bramauntz; ejemplifica la situación que asolaba por aquella época y refiere que:

“en la edad antigua había pozos con cierta clasificación, en razón del tipo de delito cometido, los *lasterloch* para los viciosos, los *diesterloch* para los ladrones, los *bachenloch*, cárcel del horno, utilizada indistintamente. En Sicilia existe todavía un aljibe abandonado llamado *la fosa de los condenados*. En Grecia encontramos ya alguna variante, la cárcel se utiliza, en el caso de los deudores, para custodiarlos en tanto pagan sus deudas, quedando a merced de sus acreedores que los podían retener como esclavos o encerrarlos en su casa, en sus cárceles privadas, sujetos al famoso régimen de pan y agua, aún y cuando posteriormente pasa a las autoridades el derecho de recluirlos, aunque sólo como una medida coactiva para obligarlos a pagar⁶”.

Continuando con el análisis, algunos otros autores niegan que hubiera posibilidad de condena judicial de prisión, aunque también existía, con el mismo carácter coactivo que en Grecia, la cárcel por deudas, pero la pena de prisión era solamente privada, el *ergástulum* en la casa de los dueños en el que éstos también eran encerrados como castigo, temporal o a perpetuidad, tal y como lo hemos referido en líneas aparte en la presente investigación, resaltando que por lo que hace, a la finalidad que tenía el encierro como castigo, en las antiguas civilizaciones y siendo su modo de producción un régimen socio económico de esclavismo puro, la finalidad no podía ser otra que la de proteger los intereses de los ricos y poderosos a través del esclavismo el cual representaba un castigo; como ejemplo de ello un esclavo que hubiera delinuido era encerrado y cuando su amo no quisiera asumir el compromiso de mandarlo a una *ergástula*, podría ser condenado al trabajo de las minas.

⁶ op. cit; nota 4, p.44.

En otro orden de ideas el autor Jorge Ojeda Velázquez, comenta que la cárcel como institución punitiva, no surgió como algunos piensan a la luz de las revoluciones burguesas, que estallaban por doquier en la Europa medieval; para este autor el nacimiento de la prisión, se incubó en la sociedad de la edad antigua, con la finalidad de dar seguimiento a un castigo, es decir, sólo a manera de custodia⁷, en mi punto de vista el autor en cita tiene razón al afirmar que la prisión se gestó en la edad antigua, puesto que la prisión vista como castigo, fue utilizada por períodos cortos de tiempo, no en si como un castigo; ya que como lo hemos venido advirtiendo fue utilizada por la clase social que emergía victoriosa, en su lucha contra el sistema político feudal como principal medio para el castigo de sus oponentes.

De lo anterior podemos concluir, que la prisión en esta fase de la humanidad, tiene como finalidad última la de resguardar a quienes faltaron al orden social, erigiéndose no como castigo propiamente, sino; como el medio que ocuparon quienes detentaron el poder de castigar, en aquellas épocas; para decidir el castigo que estos recibirían.

1.1.3. PRISIÓN EN LA EDAD MEDIA.

Continuando con nuestro estudio acerca de la pena de prisión en diferentes épocas, tenemos que la tradicional estructura social de los primeros tiempos en la edad media, tendió a promover una cohesión social previniendo tensiones sociales; y aunque durante la edad media siguen predominando las penas corporales entre las que destacan amputaciones de manos, brazos,

⁷ Ojeda Velázquez Jorge, *Derecho Punitivo*, México, Trillas, 1998, p, 248.

piernas, lengua, enceguecimiento, y desuello, sin ampliar el extenso catálogo de formas de aplicar la pena capital, cuya ejecución constituía la diversión de la población de los feudos y ciudades.

Pese a los esfuerzos de buscar nuevas formas de castigo, el pueblo de aquella época, continuaba con la falaz idea de que con la aplicación de la pena capital se resolvería el problema de la violencia y con ello la disminución de la comisión de conductas delictivas, no encontrando respuesta a la proliferación de la criminalidad del siglo XVII en toda Europa central, guardando proporciones cabe mencionar que hoy día se sigue teniendo esta retrograda idea de incrementar las penas, como un medio para contener el delito, situación que tal vez sólo deja satisfecho a los facinerosos políticos, a víctimas y parte de la opinión pública como antaño.

Sin embargo la historia del Derecho Penal y del Sistema Penal en general, da un vuelco tremendo; pues en esa etapa de acuerdo a lo que hemos expuesto, es que debió cambiarse la venganza por el castigo legitimado por la ley que de alguna forma significa una limitación al poder de castigar, aún cuando no se abandonen los rigores, al respecto Jorge Ojeda Velásquez, comenta; que se tiende a limitar el excesivo castigo al cuerpo, al suprimir las bárbaras formas de ejecución de la pena de muerte y a limitar la aplicación de esta e incluso sustituyéndola por multas, uno de los principales factores de transformación, de lo que fue el arbitraje privado al sistema público propio de un fuerte estado central; surgido en aquella época⁸.

Como podemos apreciar el objeto del castigo sufre una transformación radical, no se castiga más con la vida de los hombres libres en su lucha contra el mal, con el incremento de la delincuencia en Europa a finales del siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII, se ocasiona el descrédito de la pena de muerte,

⁸ Ibídem, p. 249.

en este sentido el nacimiento de la prisión como castigo a través de la pena privativa de libertad, debido al espíritu cultivado de ideas de libertad de la nueva clase social, tenía el postulado elemental castigar con la pérdida o reducción de derechos esto es, el castigo por medio de la disminución de libertades, desarrollándose el gran “invento social” como lo denominó Von Henting , con ideas similares confróntese lo escrito con lo señalado por Jorge Ojeda Velásquez quien opina; que es con la creación de reglas o normas que tipifican conductas consideradas delitos y leyes rodeadas de principios legales, asimismo con el establecimiento de castigos que se han propiciado nuevas formas de control social; argumentos que en mi particular punto de vista me parece que el aparato punitivo por parte del estado sufre una evolución, en la edad media, respondiendo a la característica esencial de atender a las necesidades del grupo burgués liberal extendido por la vieja Europa, que emprendía nuevos paradigmas filosóficos, sustentados en ideales de libertad; sin embargo estos nuevos ideales, sólo podían ser utilizados por quienes pertenecían a un cierto grupo social.

1.1.4. PRISIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPÓRANEA.

El estado absoluto viene a dar un nuevo orden social, entre la sociedad de la baja edad media y la sociedad liberal; fue tal el acelerado expansionismo comercial, que la sociedad burguesa acumuló capital, poder, ya no en una economía localista propia del feudalismo, más bien dentro de una economía de mercado extendida por toda Europa y colonias conocidas, donde es necesario un sistema bancario internacional, que comienza a desarrollarse por la creciente necesidad del comercio internacional.

En este contexto político y social el estado absoluto en la época contemporánea tenía entonces que concentrar poder, para darle un uso limitado al buen desarrollo del capitalismo, por tal motivo; la pena privativa de libertad, no podía tener sino las mismas características propias del capitalismo, fundado en la explotación de la mano de obra, es por esta circunstancia, que el autor de una conducta delictuosa, era enviado a las galeras, a las colonias descubiertas o a las casas de trabajo, que no por casualidad fueron desarrolladas en países como Holanda, Inglaterra y Alemania.

Al respecto el autor alemán Von Hentig, refiere que para esta época las casas de corrección o casas de trabajo a que he hecho alusión, son antecedente de la prisión y con ello el paralelo de la manufactura o fábrica, tuvieron por objetivo entregar mercancías a muy bajo precio y con ello promover la economía nacional. Las casas de trabajo de aquella época, se diferencian en rasgos esenciales de los modernos establecimientos penitenciarios; en que las autoridades enviaban mendigos capaces de trabajar, holgazanes, vagabundos, pequeños ladrones, así; el trabajo constituía una especie de terapia, combinándose con la administración de azotes y otros medios coactivos disciplinarios.

Continuando con estas ideas, de este último autor aclara que en esta época se registro, la separación de reos de acuerdo a su sexo y medidas disciplinarias para quienes no querían trabajar, ejemplo de ello nos comenta; era introducir al pernicioso dentro de una cubeta, que a menudo era llenada de agua, cuando el holgazán sentía amenazada su vida en el ahogamiento, comenzaba a retirar como podía el agua depositada dentro de la cubeta, propiciando con esta acción que trabajara, tratando de sacar el agua del balde⁹.

⁹ op. cit; nota 5, p. 213 - 214.

La divulgación de penas más humanas se hizo más evidente, como fue la utilización de arresto nocturno y trabajo productivo durante el día (muy similar a lo que los romanos llamaron vínculo pública), sin embargo, los presos fueron utilizados también para limpiar las calles, levantar edificios y cavar zanjas, puesto que había que conducir a los penados a estar al aire libre, aunque tenían que trabajar con cadenas; situación que ya en nuestros tiempos se torna aberrante, debido al gran movimiento civilizador y humanizante, que se le ha dado a la pena como castigo.

En este sentido podemos decir que en esta etapa, la finalidad de la pena se inclinaba por darle un sentido humanista y correccional, a base del trabajo por medio del cual se pretendía tener ocupados a los prisioneros, en mi opinión creo que es en esta época; que se desarrolla la prevención especial y se sientan las bases de lo que posteriormente sería la individualización de las penas.

Una característica especial a destacar en esta época lo fue el nacimiento de una nueva forma de prisión, que en el sistema penitenciario inglés se conoció como pontones, el cual consistía en rodear con agua el espacio destinado a prisión, custodia temporal y forzada por necesidad, ahorrando muros, rejas y en parte guardianes, se utilizaron en un principio buques de transporte encallados, en el mar o cerca de algunas islas, alejadas de centros de la población, semejando a las islas utilizadas desde la más remota antigüedad como lugares de encierro, igual que los oasis en el desierto, así; surgió una forma de prisión recomendada por su baratura y comodidad de modo evidente.

No obstante las medidas y nuevas formas adoptadas para castigar el delito, fueron objeto de abusos y a consecuencia de lo acontecido en las cárceles de Norte América, la influyente sociedad pedía la completa abstinencia de bebidas alcohólicas y del trabajo realizado en régimen riguroso,

estableciendo como castigo el aislamiento celular, situación que provoco una revolución para el sistema penitenciario de aquella época.

El comienzo de la utilización del sistema celular trató de conseguir, por el procedimiento de absoluta separación, seguridad en la custodia y una soledad que produjera frutos educativos, el aislamiento total excluía los influjos perniciosos en cuanto no estuvieran arraigados en el penado mismo, en sus fantasías, sus instintos y sus excesos masturbatorios. Todos los problemas de disciplina parecieron simplificados, los penados residían en cientos de celdas, que no abandonaban más que para un breve paseo, que habría de darse en silencio, al aire libre ,ya que incluso se llevo a pensar; en haber encontrado la sanción curalotodo, que resolvería todos sus problemas penitenciarios.

Podemos decir que en esta etapa efectivamente la prisión tiene avances significativos, tendientes a transformar, mejorar, evolucionar los tratamientos y castigos que recibirían los delincuentes; pues en esta época, el contexto social, que se vivía con la expansión del capitalismo, como lo hemos referido líneas arriba en este apartado, propicio el abandono de viejas prácticas a la hora de aplicar la pena de prisión que ahora cobra un nuevo significado incluso se aplica ya en otras regiones del urbe hasta entonces conocido, como se puede apreciar más adelante.

Es evidente que esta evolución para aplicar los castigos, había generado nuevos métodos de sufrimiento inflingido al delincuente, el nuevo castigo aunque en esencia era considerado más humano, tenía como consecuencia la decadencia espiritual del preso, ya que el castigo aplicado habría afectado incluso a un animal cualquiera en su psique, puesto que hubo un incremento en las perturbaciones mentales, al privarles de su libertad incluso a hombres elevados en su intelecto, quienes después de llevar una vida en absoluta soledad se habrían precipitado en la desgracia del desorden mental y de sombrías alucinaciones, pues fue en la prisión celular donde se observaron las

primeras psicosis, no resultando del todo un éxito, como lo querían hacer ver sus admiradores europeos.

Continuando con este estudio encontramos que existieron deficiencias del sistema celular, lo que trajo como consecuencia la creación del sistema Auburn, pensado en el modelo lucrativo de la economía, basado en la fuerza del trabajo humano, en su efecto educativo y en los dólares obtenidos, la separación mecánica por gruesas paredes, cedió frente a la separación vigilada por seres humanos, un sistema penitenciario como la conocemos en la actualidad, aunque de proporciones distintas.

En sus inicios se recluyeron en celdas solamente a los tipos más peligrosos, limitándose su aislamiento total de uno a tres días, reuniendo a los demás penados en grandes talleres; sin duda una administración distinta a las cárceles de la actualidad por su fácil construcción y administración, pues hoy día, cuesta demasiado al estado la reclusión sea en su fase de construcción o de resguardo y readaptación, lo anterior por problemas como la sobrepoblación, que es un fenómeno que afecta a gran número de sistemas penitenciarios en todo el mundo, aunado a que se han dividido los centros penitenciarios, de acuerdo a la peligrosidad, conformando incluso, centros de máxima seguridad.

1.2. EVOLUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y EL FIN DE LA PENA EN MÉXICO.

La historia de la pena de prisión en México se remonta a la época precolonial, donde encontramos que el sentido que se le dio a la prisión, al igual que en el derecho romano, es con un sentido de resguardo o custodia, más que como un castigo, comenta Zurita; citado por Fernando A. Barrita López,

que entre los Aztecas, la prisión para los esclavos destinados al sacrificio era una gran galera con una abertura en la parte superior por donde se les bajaba y que cerrada los dejaba en completa seguridad y a esta forma de celda de seguridad se le denominó petlacalli; la cual describe, como una galera rodeada en una y otra parte por unas jaulas de maderos gruesos, por ello también, le llamaron cuauhcalli o casa de madera, donde ponían a los esclavos destinados al sacrificio y a los delincuentes, que tenían que estar bien resguardados, por tanto es evidente que el resguardo de todos aquellos destinados a muerte, era la finalidad de la pena de prisión impuesta en aquella época.

Para la época de la conquista de la antigua tenochtitlan por Hernán Cortés, los precursores conquistadores de la nueva España, por ordenes de la corona como instrumento jurídico utilizaron, la recopilación de leyes de los reinos de las Indias, siendo este el primer antecedente normativo en el que encontramos una regulación de la prisión o cárcel, reglamentada en el título XII, de los alcaldes del crimen; la cual en su capítulo de las audiencias de Lima y de México; de las cárceles y carceleros, en la ley XX, menciona que es el preso en quien se ejecutara pena corporal, motivo por lo cual considero importante destacar este dato histórico, que como vemos es la antesala de la aplicación del encarcelamiento como castigo, a los infractores del orden social en la nueva España, con fines netamente de custodia.

Es con el edicto de 1569 en épocas de la santa inquisición, donde se habla de cárcel como penitencia, más no como medio preventivo, al respecto comenta Zurita¹⁰, a los encarcelados les eran dadas penitencias saludables á sus ánimas, que no recibirán penas de muerte ni cárcel perpetua; sus bienes no eran tomados ni ocupados por los delitos que así confesaren¹⁰, de alguna forma podemos afirmar que existían beneficios para quienes confesaban el delito, siendo este el encarcelamiento, que sobra decirlo; no era considerado un fin en sí.

¹⁰ op. cit; nota 3, p. 36

En el año de 1571, con la llegada a México del doctor don Pedro Moya de Contreras, nombrado inquisidor mayor de nueva España y comisionado para establecer en ella el santo tribunal de la fe; que aparece la figura de la cárcel del santo oficio, dividida esta en: secreta, lugar donde permanecían los reos incomunicados hasta la sentencia definitiva, y la perpetua o de misericordia, a donde pasaban los que a ella estaban condenados, como vemos; el nacimiento de la pena de prisión materialmente surge, a finales del siglo XVI y principios del XVII, época en que en la Nueva España, los castigos en los que el cuerpo era supliciado, descuartizado, amputado marcado sobre la espalda o la cara, expuesto vivo o muerto, dado al pueblo en espectáculo para ejemplarizar, van desapareciendo.

Diremos pues que en plena guerra de independencia, y a través de los años, la prisión preventiva siguió siendo una institución de custodia, pues las costumbres y tradiciones, eran la base fundamental sobre la cual se construyó la estructura social del México colonial, en el que los colonizadores buscaron la cohesión social, no mediante la expedición de cuerpos normativos, que regularan las tensiones sociales, sin embargo; se vivieron épocas de dependencia social, regulada por las autoridades reinantes en la Nueva España, soportadas por concepciones religiosas que legitimaron el orden social establecido, teniendo al derecho penal como un insignificante medio de preservación de la jerarquía social, donde predominaban esencialmente códigos de decencia, moralidad o religión, por supuesto que la prisión sólo tuvo efectos secundarios de estas prácticas, pero finalmente se ocupó la prisión en principio como un medio de custodia, luego fue vista como una penitencia entre quienes tenían que compurgar su castigo; y con la finalidad de provocar entre los pobladores de aquella época, un ejemplo de salvedad para con las conductas antisociales.

1.2.1. INSERCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, EN NUESTRO ORDEN JURÍDICO

Como hemos apuntado en el apartado anterior, la prisión fue incluida como sanción en los cuerpos normativos de nuestro país, hasta principios del siglo XVII, y a rango constitucional hasta principios del siglo XVIII, una vez de que se reorganizó el poder estatal; así como, las instituciones públicas y estando ya en la época del México Independiente, pues en los años de la colonia, el orden legislativo constitucional, fue de brevísima duración.

La propagación de las filosofías idealistas que circundaban la Nueva España en aquella época, con postulados como el de que sólo en el triunfo de la revolución, estribaba la conquista segura de los derechos, nace el primer antecedente normativo, en el cual se incluye en su texto la facultad que da la ley para detener a los ciudadanos (privar de su libertad), esto es; el decreto constitucional para la Libertad de la América Mexicana suscrito en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, texto constitucional que superó por mucho la constitución de 1812, en la cual los derechos fundamentales se suprimían a la simple voluntad del gobernante superior y de la audiencia.

Los legisladores de la época, siendo más concientes de la problemática social que atravesaba la nación, es que le dan la importancia a rango constitucional a los derechos del hombre, como la base y objeto de las instituciones sociales, gestando los principios de legalidad y seguridad jurídica, que a la postre formarían parte de la sistemática normativa que regulara la pena privativa de libertad, en un entorno de garantías y libertades sociales que gozaran los ciudadanos de aquella época.

Lo anterior lo podemos corroborar en la redacción del Artículo 21, del Decreto Constitucional de 1814, en el cual se establecía que; *sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe de ser acusado, preso o detenido algún ciudadano*. Siendo este el primer antecedente en el plano normativo, que fue redactado a rango constitucional relacionado con la privación de la libertad a un ciudadano, en tal tesitura hemos de decir; que por lo que respecta ala

inclusión de la pena de prisión en las leyes secundarias, tenemos como antecedente la ley Miranda de 1858, que establecía en su artículo 470 que; *los jueces no podían proceder a la prisión de cualquier individuo, sin que proceda la información sumaria del hecho que la motive; más no será necesaria que la sumaria produzca una prueba plena, ni semiplena del delito, ni de quien sea el verdadero delincuente.*

Otro referente normativo que contemplaba la prisión como castigo, incluso que hacía alusión a la detención preventiva antes de que un delincuente fuera sentenciado, lo fue el Proyecto de Código Procesal de 1872, el cual establecía lo siguiente: *fuera del caso de pena impuesta por sentencia, la libertad de las personas sólo puede restringirse con el carácter de detención o con el de prisión preventiva; pero es necesario que se verifique en los términos que señala la ley y por los funcionarios y agentes a quienes expresamente se compete con esta facultad*, este ordenamiento del cual se puede desprender que ya en estos años se fijaron límites al poder estatal y funcionarios encargados de aplicar la ley, con el fin de evitar al máximo arbitrariedades, estableciendo parámetros de prevención general, a la hora de imponer un castigo como la prisión preventiva.

Por otro lado, encontramos en la redacción del artículo 253, de este último ordenamiento normativo, un aspecto importante a destacar desde el punto de vista penitenciario y que a la letra señala: *La prisión deberá sufrirse precisamente en el local destinado en cada lugar para ese objeto*, observando claramente que los legisladores tenían una visión a futuro, al preocuparse en crear centros especiales, para que los delincuentes compurgaran sus sentencias.

En el código procesal penal para todo el país de 1890, en su artículo 271, se contempló la privación de libertad como sanción y señala que dicho castigo; implicaba la incomunicación del inculcado, pues se estableció una

detención por tres días, siendo esta postergable por más de este tiempo, si el requerimiento se hacía por medio de mandamiento expreso, expedido por el tribunal superior de jueces de lo criminal, del que además se comunicaba por escrito al alcalde o jefe de la prisión.

El código Procesal penal de 1894 para toda la nación, dentro de su texto consideraba la prisión preventiva sólo si el delito merecía pena corporal, se estableció que el sitio de la prisión preventiva era distinto, del que se destinaba para la extinción de las penas, además se considero; que ninguna pena privativa de libertad impuesta de forma preventiva, podía prolongarse por más tiempo del que como máximo fijare la ley al delito que motivare el proceso, se pensó en que sólo se podía imponer pena de prisión, si esta procedía de una sentencia, la cual debía considerar el computo del tiempo de la detención; (comprendiéndose dentro del término “detención” el tiempo que estuvo detenido y el tiempo del proceso)¹¹.

Como podemos observar el bagaje normativo es muy amplio, en torno a los textos que consideraron la prisión, como un castigo; primero de forma preventiva y posteriormente como una sanción que tenían que cumplir, aquellos sujetos sentenciados y condenados por los tribunales de jueces de lo criminal, poco después de la independencia de la Nueva España, sin embargo; no fue sino hasta pasados varios años en que nuestro país, encontró estabilidad social y política que se comenzó a utilizar la prisión como castigo de las conductas antisociales con fines como el de la prevención general.

¹¹ ibidem, p. 49; Barrita López Fernando, *Prisión Preventiva y Ciencias Penales (Un enfoque Interdisciplinario)*, México, Porrúa, 1999.

1.2.1.1. ORIGENES CONSTITUCIONALES DE LA PENA DE PRISIÓN Y EL FIN DE LA PENA.

Es claro que existió normatividad que contemplaba la prisión en la colonia y también en el México Independiente, como lo hemos apuntado existieron leyes constitucionales que han regido a nuestro país, a partir de la de independencia política de lo que fue Nueva España, que me parece importante mencionar.

Ya decíamos que en la época colonial se legislo, en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, redactado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, respecto a la utilización de la prisión como castigo aún cuando se trato de forma preventiva, estableciéndose dentro de algunos artículos expresamente, como es que fue regulada la privación de la libertad y que a continuación haré alusión para destacar, los orígenes legislativos de la prisión, así como de sus fines.

Como lo veníamos apuntando, en este texto constitucional de 1814, se comenzaron a instrumentar las bases de un sistema, sólido en cuanto a garantías fundamentales se refiere, así tenemos; lo establecido en su artículo 21, el cual mencionaba que: *Sólo las Leyes pueden determinar los casos en que debe de ser acusado, preso o detenido algún ciudadano*, siendo este el primer antecedente constitucional del principio de legalidad y estricto derecho, ya que es de suponerse que si una ley no contemplaba la privación de la libertad, no podía infringirse el texto constitucional que normaba el actuar social en aquellos años.

Otro apartado importante que evita las arbitrariedades por parte de la autoridad en este texto constitucional lo es el artículo, 22 el cual señala: *Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados*, desprendiéndose de este apartado, que las autoridades entreatándose de privar de la libertad a un sujeto, debían contraerse

específicamente a su aseguramiento, sin ocasionarle algún otro perjuicio a su persona.

Del análisis del artículo 28 del texto constitucional que venimos comentando, el cual refiere que; *Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la Ley*, desprendemos que tal vez; los legisladores de aquel entonces, infundieron en la mayoría de sus normas ideales libertadores, fundándose en derechos elementales consignados en la constitución, pues basta interpretar el espíritu de la ley, para darse cuenta que; la preocupación de aquella época la representaba, el mal uso que el poder estatal infundió por mucho tiempo sobre sus gobernados.

Desde aquel entonces en esta constitución de 1814, se expreso lo que actualmente conocemos como principio de inocencia, ya que el artículo 30 lo consagraba y decía: *Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado*, como observamos; la finalidad para este texto constitucional respecto de la prisión, era respetar al máximo los derechos fundamentales de la persona que eran detenidas o aseguradas, quedando el castigo a modo de prevención general.

Otro ordenamiento legislativo importante que marca los inicios, de la utilización de la prisión como un castigo lo fue; el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, redactado el 18 de Diciembre de 1822, en el que se destaca el uso que se le diera a la prisión, ya que incluso; se específico en que casos procedería y sus condiciones, siendo ejemplo de ello los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 72. Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días o en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se sigan de aquella providencia.

Artículo 73. *En caso de denuncia, que el que le diere no se ofrezca a probar, el juez pasando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de esta resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del juez*¹².

Es de observarse que en estos años; la finalidad de imponer la prisión según el espíritu del legislador lo era, la prevención general; evitando con ello trasgredir derechos esenciales de los gobernados, ya que como lo hemos expuesto la situación política y social de aquella época era inestable, por lo que se buscaba en el fondo era la reestructuración del país con orden y progreso.

1.2.1.2. ASPECTOS GENERALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1824 Y 1857; EN RELACIÓN A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA.

Para la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que entro en vigor el 4 de Octubre de 1824, se utilizó técnica legislativa vanguardista en la redacción de este texto constitucional, tal vez por que para entonces; había surgido ya una corriente de pensadores ilustres, nacidos en la Nueva España quienes aportaron sus ideales ya en el México Independiente, muestra de ello lo exponemos líneas mas adelante, al realizar el análisis de un apartado del texto constitucional donde podemos observar los pensamientos de avanzada de los legisladores de aquella época.

¹² ibidem, p. 38.

En este texto normativo lo más sobresaliente referente a la privación de la libertad, se establece dentro de su artículo 112, que establece restricciones de las facultades del presidente de la República, señalándose en su fracción II, las siguientes:

No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas a disposición del Tribunal o Juez Competente, deduciendo que ya en este cuerpo normativo, se definieron las atribuciones de los poderes de la unión, siendo facultad del ejecutivo la de ordenar la privación de la libertad de aquellos gobernados, que perturbaren la seguridad de la federación y por otro lado al poder judicial le corresponde, decidir la situación jurídica de los arrestados, siendo la prisión un medio por el cual; se le brinda custodia a las personas arrestadas, hasta en tanto se define su condena o absolución y el fin lo fue la prevención general.

El otro ordenamiento constitucional importante sobre el cual decidí hacer énfasis en el presente apartado, lo es la Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857, que habrá que decirlo; desde la constitución de 1824, la constitución fue objeto de un innumerable serie de reformas muchas de ellas, consecuencia directa de lo fracturado que se encontraba el país en aquellos años, por la inestabilidad desde el punto de vista político y social del México independiente.

En este contexto de ajustes legislativos importantes y redefinición del marco constitucional del año de 1857, haré alusión de los artículos que desde mi punto de vista tienen relación con la prisión y que consagraba este texto constitucional, así el artículo 16, establecía: *Nadie puede ser molestado en su*

persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En caso del delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, precepto del cual se puede rescatar como idea principal el del nacimiento de la garantía de seguridad y certidumbre jurídica, que hasta nuestros días prevalece, aunque con modificaciones de redacción sin trascendencia en el fondo, pues se sigue conservando la parte sustancial de dicho precepto normativo, en lo referente; a la fundamentación y motivación, que en la actualidad son dos aspectos rectores de nuestro derecho positivo mexicano.

Otro apartado importante del texto constitucional en análisis, lo es el artículo 18, el cual señalaba que: *Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza,* del análisis del citado numeral, se infiere que algunos delitos deberán ser castigados con la privación de la libertad, sin embargo; no se hace una especificación del tipo de delitos que merecerán esta sanción, pero si se deja abierta la posibilidad de librar la prisión mediante una fianza, por lo que la trascendencia de este apartado, para el estudio del tema que se investiga, lo es el hecho, de que el legislador; considero que la finalidad que tendría que perseguir la prisión, sería la prevención especial, al realizar una división marcada de los delincuentes que deberán pagar su culpa en prisión y cuales delitos no merecerían tal castigo privativo de libertad.

En el artículo 19, del texto constitucional de 1857, analizado en el presente apartado, quedo de manifiesto que: *Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley.*

*El solo lapso de este tiempo, constituye responsables a la autoridad que la ordena y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten, todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades*¹³, en este precepto observamos pues; el avance significativo que dio el texto constitucional, al establecer los límites y formas de proceder, por parte del estado a través de sus autoridades facultadas para castigar a los gobernados, que fueran sujetos de un proceso criminal, lo que representó un marcado equilibrio de poderes y un absoluto control del poder estatal subordinado a la ley, así las cosas; tenemos en este texto constitucional, los inicios de lo que hoy día representa el eje rector del proceso penal en nuestro país, revestido de formalismos y derechos fundamentales.

1.2.1.3.- ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917; EN RELACIÓN A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA.

El ordenamiento Constitucional puesto en vigencia el 5 de Febrero de 1917, como norma fundante del ordenamiento legal que actualmente nos rige, en relación a la prisión estableció varios artículos que aluden a su forma de aplicación, límites y consecuencias, así mismo; los constituyentes dejaron redactado en la carta magna garantías fundamentales mínimas, que el estado esta obligado a respetar, en este sentido aquí; comentare algunos artículos de suma importancia para nuestro estudio y que tienen relación con la forma de aplicar la pena privativa de libertad, en un entorno de respeto a los derechos fundamentales que deberán cumplir los fines de la prisión.

¹³ ibidem, p.43 Barrita López Fernando, *Prisión Preventiva y Ciencias Penales (Un enfoque Interdisciplinario)*, México, Porrúa, 1999.

Así el artículo 16 establece: *Nadie puede ser molestado en su persona...no podrá librarse orden de aprehensión o detención a no ser por autoridad judicial*, destacando que la privación de la libertad en principio será preventiva incluso el mismo precepto establece en líneas posteriores; que deben *existir datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito*, de estas líneas transcritas del numeral en estudio, inferimos que; para que exista privación de libertad, deberán existir una serie de requisitos y una orden expresa por autoridad judicial, siendo el texto constitucional claro en torno al alcance que deberá tener la prisión dentro del drama penal.

Otro numeral en estudio es el artículo 18, el cual señala: *Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destine para la extinción de las penas...*precepto importantísimo para nuestro estudio, ya que desde el punto de vista penitenciario, se estableció una modificación sustancial en la política penológica que se venía utilizando, pues los constituyentes implementan el sistema celular y la prevención especial, puntos básicos para la individualización de la pena y el control estatal del sistema penal.

El siguiente artículo a estudio lo es el 19, el cual señala: *Ninguna detención podrá exceder del término de tres días...justificando esta situación en un auto de formal prisión en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...* Todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados...;de la redacción de este apartado inferimos que los constituyentes, limitaron el actuar de las autoridades que conocen de un proceso penal, ya que

al aplicar una detención están obligados a respetar los términos establecidos en la ley, evitando con ello arbitrariedades de las autoridades.

El siguiente precepto que hace alusión a la prisión, es el artículo 20, del que señala: *En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:*

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

III. 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.

*VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo*¹⁴.

De este último numeral estudiado, es importante decir; que la prisión debía imponerse bajo ciertas condiciones y cumpliendo requisitos de fondo, ya que de algún modo el constituyente previó, dejarle elementos de defensa al sujeto con calidad de probable responsable, quien enfrentaría a la justicia dentro de un proceso criminal, que lo llevara a compurgar un castigo en la prisión, de tal suerte que la prisión, en este texto constitucional cumplía con dos fines, el de prevención general y el de prevención especial en su ejecución.

¹⁴ ibidem, p. 45.

1.2.1.4. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN Y AL FIN DE LA PENA.

El presente apartado está encaminado al estudio de las garantías Individuales que versan sobre la pena privativa de libertad, en particular de la prisión, así consagradas en nuestra carta magna; por lo que solo haré una breve reseña en cuanto a estas garantías; siendo más extenso el análisis acerca de la finalidad de la pena, que en nuestro orden normativo lo es la garantía de resocialización; (de quienes se encuentran internos en algún centro de readaptación social o en algún tratamiento en internamiento), elevada a rango constitucional, como la base de la política penitenciaria, para el buen funcionamiento de la sistemática penal, que contempla todo el ordenamiento jurídico de nuestro país.

Así las cosas, es necesario hacer una clasificación de los Derechos Fundamentales o Garantías Constitucionales como las denomina la propia Constitución, las que se catalogan en los siguientes grupos:

- a) Garantías de Igualdad;
- b) Garantías de Libertad;
- c) Garantías de Seguridad y;
- d) Garantías Sociales.¹⁵

En este apartado abordaremos solamente las garantías referentes a la seguridad jurídica, ya que es dentro de este grupo, que se encuentran las garantías relativas a la pena privativa de libertad particularmente la prisión y los fines de la pena, luego entonces; como garantía de seguridad jurídica, encontramos la de audiencia, consagrada en el artículo 14 constitucional, la cual es extensible a todo gobernado que enfrenta los actos propios del estado, garantizando la protección para las personas ante los actos de las instituciones

¹⁵ Santos Azuela Héctor, *Derecho Positivo Mexicano*, 2ª.ed, México, Pearson Longman, 1998, p.83.

del estado, puesto que es necesario para que este intervenga, la existencia de un juicio respectivo, ante los tribunales establecidos con anterioridad al hecho.

Los tribunales además deben sujetarse a las formalidades que le marca la ley para su procedimiento y además disposiciones legislativas vigentes para aplicar la justicia. En tal tesitura, tenemos otro ejemplo de garantía de seguridad jurídica, consignada en el artículo 16 constitucional; disposición normativa que deja a salvo derechos básicos del individuo sujeto a proceso penal, puesto que se prevé evitar todo tipo de atropellos y arbitrariedades, en que pudiera ser víctima por parte de las autoridades, además este numeral contiene garantías de legalidad, establecidas contra la privación de la libertad y la inviolabilidad del domicilio.

Siguiendo con el análisis de las garantías individuales de seguridad jurídica, encontramos la que establece el artículo 17 constitucional; referente a los hechos que la ley penal determine como delitos, ya que los mismos pueden ser castigados con pena corporal, estableciendo además; que ninguna persona puede hacerse justicia de propia mano, mucho menos ejercer violencia para reclamar su derecho, en virtud de que existen órganos jurisdiccionales que el estado ha creado para tal efecto. Lo anterior porque si cada ser humano vengara las ofensas que se le han causado, la sociedad volvería a la barbarie, época en que hacerse justicia de propia mano estaba permitido por todos los individuos.

Otro precepto que en su texto tiene implícita la garantía de seguridad jurídica, lo es el artículo 18 constitucional, el cual considera la finalidad de la pena, motivo suficiente, para extender su estudio, así, proscribire: *Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base*

del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

Este precepto nos refiere que, la prisión preventiva existe desde que el individuo es aprehendido privándolo de su libertad hasta el momento en que el juez dicta en su contra una sentencia. También menciona que el lugar donde queda reclusa una persona, sujeta a privación de su libertad de manera preventiva, será distinto del que se destine para la extinción de las penas.

La diferencia del lugar obedece a que la prisión preventiva no es una sanción que se impone como comprobación de un delito, sino que es tan sólo, como su nombre lo indica una medida preventiva en tanto que el individuo no sea condenado o absuelto; la privación de la libertad o prisión se origina con motivo de que se ha demostrado la culpabilidad del sujeto por ello deben estar separados.

Bien, una vez que se ha determinado la culpabilidad de un procesado y sólo que merezca sanción privativa de libertad, el mismo precepto señala que, la extinción de las penas dentro de un penal, reclusorio o el lugar que las autoridades ejecutoras destinen para cumplir el castigo debe basarse sobre el trabajo, la educación como medios para su readaptación social; circunstancia que, vista como una garantía constitucional destinada para los sentenciados a prisión, no sólo mira por la organización del sistema penitenciario, pues no es un fin en si mismo, sino el medio para lograr la readaptación social de quienes queden sujetos a dicho sistema.

Pero la razón fundamental de considerar la readaptación social como una garantía constitucional, lo es que este precepto consagra el principio de regeneración. Ya que la finalidad última del derecho, penitenciario es la readaptación social del delincuente. Superadas ya las corrientes de opinión que consideran la pena como una retribución necesaria a quien ha violado el orden

social como un medio de expiación, e intimidación sin ningún fin social ulterior, en la actualidad las legislaciones mas avanzadas reconocen, ya no la imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral; sino, la responsabilidad social derivada del determinismo y la temibilidad del delincuente, de lo que resulta que los fines esenciales, de la pena son la defensa social y la regeneración del sentenciado.

Ahora bien, tanto en el fin de defensa social como en el de regeneración, hay un interés publico indudable; pero en la regeneración hay, además, un interés individual que le imprime el carácter de garantía, ya que todo delincuente no por serlo se convierte en un ser extra jurídico, tiene el derecho de ser rehabilitado para una vida socialitaria. Por ello, nos encontramos frente a dos principios que, por circunstancias temporales de la realidad, pueden llegar a oponerse: llegado el caso de que un reo sentenciado exija compurgar su pena dentro del territorio en que delinquiró, pero que esta pretensión impida su readaptación social.

Otra garantía de seguridad la establece el artículo 19 constitucional; que en síntesis se refiere a la existencia de un adecuado procedimiento penal, en el cual se imponen ciertas obligaciones y requisitos que debe seguir el órgano jurisdiccional para la exacta aplicación de la ley.

Existe en el ordenamiento constitucional dentro del numeral 20, la seguridad jurídica respecto del proceso penal y el seguimiento, que le debe dar la autoridad en la administración de justicia, respetando las garantías de todo inculpado consignadas así en la ley, evitando con ello; que las autoridades vulneren arbitrariamente la defensa de los acusados y se ciñan a lo estrictamente apegado a la ley.

Otro artículo que se considera dentro de la garantía de seguridad jurídica, lo es el 21 Constitucional, el cual señala: *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial*, garantía Individual que brinda a los gobernados, la posibilidad de acudir ante el poder judicial a defender su derecho, siendo únicamente este poder judicial el que tendrá facultades para imponer castigos a los individuos procesados y culpables.

Por último el artículo 22 del texto constitucional consagra la garantía de seguridad jurídica, al establecer lo siguiente: *La pena inusitada es aquella que se aplica sin estar previamente establecida en la ley. Es trascendental la pena, cuando al castigar al delincuente, se castiga también sin motivo a sus familiares que no han tenido nada que ver en la comisión del delito*, la Garantía de Seguridad Jurídica consiste en la prohibición de la pena de muerte en los delitos políticos, subsistiendo sólo en algunos casos que han quedado enunciados en el texto legal, tampoco esta permitido la imposición de penas que no se encuentren consideradas en la ley adjetiva penal.

Todos los artículos referidos con antelación, son considerados por la doctrina dentro del grupo de las conocidas como Garantías de seguridad jurídica, las que a mi juicio se refieren a la pena de prisión, dejando en claro que los derechos fundamentales, fueron creados con la intención de establecer un equilibrio, de los derechos que merece el gobernado frente al poder estatal; siendo estos derechos fundamentales, el catalogo mínimo que esta obligado a respetar el actuar estatal y por lo que se refiere a la readaptación social vista como garantía individual, siendo esta la finalidad de la pena; el estado tendrá que obligarse a respetarla, como cualquier otra de las garantías consagradas en el texto constitucional¹⁶.

¹⁶ Flores Gómez Fernando y Carvajal Moreno Gustavo, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, 33 ed, Porrúa, 1994, México, p. 95-96.

1.2.2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA, DE LA SISTEMÁTICA PENOLÓGICA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

La historia punitiva de nuestro país, se remonta a la existencia de las primeras sociedades, pueblos precortesianos que se regían por usos y costumbre, sin embargo; sólo haré una reseña a modo de establecer la relación histórica de las codificaciones legislativas, contempladas en diversos textos de la época prehispánica y hasta la promulgación del primer código penal redactado en nuestro país, sin realizar un estudio exhaustivo de las mismas, por no considerarlo propicio, desde el punto de vista metodológico, en el desarrollo de la presente investigación.

Así las cosas, de acuerdo a lo expuesto por el doctor Carranca y Rivas en relación a la historia punitiva de nuestro país, se da por cierta la existencia de codificaciones, utilizadas en la época precortesiana por los pueblos indígenas, dentro de los que destacan; el código penal de Nezahualcóyotl, para la ciudad de Texcoco, donde destacan sanciones que van desde la privación de la libertad, la lapidación, la muerte y la esclavitud”, otro texto histórico al que alude el citado autor, lo es, el código Mendocino que regía para los pueblos aztecas, de igual forma se hace mención de las leyes tlaxcaltecas, lo que nos deja ver que estos pueblos, tenían tradiciones plasmadas en usos y costumbres, que sin embargo fueron codificadas algunas de ellas y otras recopiladas ya por los colonizadores.

Luego de la conquista, la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas a territorio mexicano; entraron en vigor las Leyes de las Indias y supletoriamente todo el derecho español: fuero real, las partidas, el ordenamiento de Alcalá, las ordenanzas reales de castilla, las leyendas de toro, la nueva recopilación y la novísima recopilación. Es oportuno en este punto aclarar, que estas legislaciones mencionadas, fueron el orden normativo impuesto por los colonizadores, hasta la redacción del código penal de Veracruz promulgado el 28 de abril de 1835, en uso de las facultades que tenía

para gobernar el gobierno de Veracruz, a partir de que la constitución mexicana de 1824, establecía que la nación, adoptaba el sistema federal ¹⁷.

Posterior a la promulgación del código veracruzano, la siguiente manifestación legislativa con trascendencia, fue la de Mariano Galván Rivera citado por el autor Wiarco Orellano Octavio, que publicó en 1850 su obra "Curia Filípica Mexicana", en la cual aborda la situación del país durante la dictadura santanista, así como el triunfo del plan de Ayutla, e inclusive la llamada ley Comonfort elaborada por el jurista Ezequiel Montes, de fecha 5 de enero de 1857, ley en la que por cierto; se establecía castigar a ladrones, homicidas, heridores y vagos, con prisión y con la pena de muerte a los homicidas con alguna calificativa y en semejante sentido se expidieron la ley de 3 de junio de 1861 y la de 25 de enero de 1862 ¹⁸.

A pesar de que México consumó su independencia de España desde 1821, tuvo que pasar media centuria para que se expidiera el primer código penal federal. Este insólito hecho se debió a la convulsionada vida política, que genero constantes golpes militares, asonadas, motines, rebeliones, guerras internas y externas, que frustraron todo intento legislativo serio; en todo caso se legislaba para abordar específicos problemas como el de los salteadores de caminos, etc.

¹⁷ Carranca y Trujillo Raúl y Carranca y Rivas, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, 20ª ed; México, Porrúa, 1999, p.121.

¹⁸ Wiarco Orellana Octavio Alberto, *La Individualización de la Pena de Prisión*, México, Porrúa, 2000, p.95

1.2.2.1. CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1871.

El creciente movimiento reformador, que se vivía en el país a mediados del siglo VXIII, obligo al entonces gobierno de Benito Juárez a designar una comisión, encabezada por Antonio Martínez de Castro, encargada de redactar un proyecto de código penal del gobierno federal, comisión que logró dar fin al proyecto del libro I; para elaborar una propuesta de código penal, cuyos trabajos se vieron interrumpidos por la guerra intervencionista francesa.

Una vez restaurada la república en 1867, con la derrota del Imperio de Maximiliano, el gobierno juarista en 1868, creo una nueva comisión redactora del proyecto de código penal, encabezada de nueva cuenta por el licenciado don Antonio Martínez de Castro, quien fungía como secretario de instrucción pública, quien procedió a organizar y presidir la comisión redactora del primer código penal federal mexicano de 1871, conocido como código penal “Martínez de Castro”, por ser éste el más distinguido miembro de la comisión redactora, el cual tuvo aplicación federal en toda la república y para delitos del fuero común en el Distrito federal y territorio de la Baja California, iniciando su vigencia el 1º de Abril de 1872.

La fundamentación filosófica de la obra de MARTINEZ DE CASTRO, se inspiró en las normas de la escuela clásica y en las brillantes concepciones del gran maestro de Pisa, Francisco CARRARA, conjugó los principios de justicia absoluta y de la utilidad social; estimo como base de la culpabilidad penal, la moral, basada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad; consignó el sistema de la métrica penal, con un discreto arbitrio para los jueces en la imposición de la pena, con el simple juego de las circunstancias agravantes y atenuantes, dándoles valor progresivo matemático de primera a cuarta clase, permitiéndoles acercarse a su individualización, señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley.

La pena se caracteriza por su carácter aflictivo, con finalidad retributiva aceptándose la pena de muerte y para la prisión, se organiza el sistema celular, con el establecimiento de algunas medidas preventivas y correccionales, se formuló una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio¹⁹.

En síntesis el código punitivo federal de 1871, fue la respuesta de una política criminal en un país que requería, de un instrumento jurídico que permitiera las acciones que coadyuvaron a lograr combatir la delincuencia, favorecida por décadas de agitación y violencia que no habían permitido una estabilidad política y social; política criminal que asignó como fines de la pena, según se ha dejado explicado, el carácter retributivo y aflictivo, con el propósito de brindar mayor seguridad social, sin embargo; las medidas adoptadas por este cuerpo normativo, sirvieron de instrumento represivo, en manos de las autoridades porfiristas, para anular la disidencia política por la vía de procesos y penas por supuestos delitos cometidos.

1.2.2.2. CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1929.

Con la irrupción de la escuela positivista, a raíz de los trabajos de Lombroso, Ferri, Garofalo, llamados los apóstoles de esta corriente, trascendieron algunos de sus principales postulados a planteamientos de política criminal, que en Italia, bajo los impulsos de Enrique Ferri dieron lugar a la expedición de un código penal de corte positivista. En este contexto según la doctrina y este antecedente legislativo aparece el código punitivo federal de 1929.

¹⁹ ibidem, p.99.

La vida del código penal federal de 1871 se prolongó casi 60 años hasta la expedición del código penal federal, de fecha 30 de septiembre de 1929, que entro en vigor el 15 de diciembre de ese mismo año, se trata de un código de 1,233 artículos de los que 5 son transitorios, buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el estado de Veracruz, que fue promulgado como código penal hasta el 10 de junio de 1932.

A la luz de las transformaciones en todos los órdenes de la vida, del país que emergía de una cruenta revolución y con las exigencias de normas jurídicas que respondieran a inéditas situaciones, fundamentalmente al cambio de un país agrícola a uno industrializado, al de una población de predominio rural a una urbana, es que florece; una política criminal que dio por resultado el código penal federal de 1929, conocido como el código Almaraz, por ser el principal autor del proyecto, el Licenciado José Almaraz.

Este cuerpo normativo rompió con los antiguos moldes de la escuela clásica, siendo el primer cuerpo de leyes en el mundo, que inicia la lucha consciente contra el delito; a base de defensa social e individualización de sanciones, sin embargo; el código fue un código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes.

El sistema interno del código penal de 1929 no difirió radicalmente, respecto al modelo clásico, quedando estructurado de la siguiente manera: los grados del delito y de la responsabilidad, catalogo de atenuantes y agravantes, con valor progresivo matemático, se reconoció a los jueces la facultad de señalar otras nuevas formas de valorar sus penas, limitando su arbitrio judicial se estableció imponer un modelo de prisión, con un sistema penitenciario celular.

En forma tímida y por excepción el código penal federal de 1929, es el primer cuerpo normativo, que empezó a regular las sanciones de límite mínimo a máximo; pues en algunas de sus líneas consideraba al delito de homicidio simple intencional, con una penalidad de ocho a trece años de relegación.

El arbitrio judicial en este cuerpo de normas se sujetaba a los límites fijados por la ley es decir, a la sanción o sanciones señaladas para cada tipo y se podría aplicar por ejemplo, circunstancias atenuantes o agravantes, tomando siempre en consideración, que el delito es un síntoma de temibilidad del delincuente.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa, la finalidad de la pena contemplada en este código, más bien sustituyó conceptos, mezclando elementos retributivos y preventivos, ejemplo de ello lo fue; el artículo 32 relativo a las reglas generales sobre responsabilidad penal el cual señalaba: *A todo individuo que se encuentre en estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este código para la defensa social. Se considerará en estado peligroso: a todo aquel que sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el libro tercero, aún cuando haya sido ejecutado por imprudencia o no consciente o deliberadamente*²⁰.

Del texto transcrito observamos posiciones absolutistas como utilitaristas tan contradictorias, que manejaba este cuerpo normativo respecto de la pena, basadas en una política penal híbrida, a la que ya hemos aludido en este trabajo, situación que redundo en una falta de sistemática y metodología en la norma penal de aquel cuerpo normativo, por lo que se llegó a pensar en suplantarlos, ya que inclusive este código resultó más atentatorio a las libertades individuales consagradas en la propia constitución de 1917.

²⁰ op.cit; nota 18, p. 102.

En mi opinión el código penal de 1929, resultó ser un traje mal cortado para el código penal que substituyó; ya que la denominación vanguardista referente a los estados peligrosos, no pasaba de ser en aquel cuerpo legal, más que una denominación nueva aplicada a cosas viejas y de corte exclusivamente clásico. Considero que este código de 1929, tuvo una corta vida, gracias a sus contradicciones de fondo y forma, obligando a los legisladores a redactar un nuevo cuerpo normativo, por medio del cual fue substituido en el año de 1931.

1.2.2.3. CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

El código penal de 1931 no es, desde luego, un código ceñido a cualquiera de las escuelas conocidas, ya que en su dirección interna acusa importantes novedades, a las que se agrega lo que de autentica modernidad había recogido el código penal de 1929.

Los reajustes políticos, sociales e ideológicos producto de la revolución mexicana y de un país en reconstrucción, trascendieron en la constitución de 1917, que se inspiraba en principios garantistas y como parte de su política criminal contemplada en su contenido y en el código penal federal de 1931 (en su redacción inicial), en lugar de hacer prevalecer el principio de inocencia y suprimir el de presunción de dolo. Optó por el camino opuesto, es decir, suprimió el principio de inocencia y acogió la presunción de dolo que desvirtuaba el estado de derecho democrático plasmado en la carta magna de 1917.

El código penal federal de 1929 plagado de conceptos sociológicos y penetrado de un positivismo criminológico que no cristalizó en un cuerpo normativo coherente a esos conceptos, pronto requirió de la atención de la política criminal, por lo que en este contexto; el propio presidente Emilio Portes

Gil, designo una nueva comisión revisora presidida por el licenciado Alfredo Teja Zabre, que dio como resultado el código penal para el distrito y territorios federales en materia común y para toda la república, en materia del fuero federal promulgado el trece de Agosto de 1931, por el entonces presidente de la república Pascual Ortiz Rubio.

El código penal federal de 1931 en su nacimiento constaba de 401 artículos y 3 artículos transitorios, cuyo contenido presentaba como aciertos fundamentales los siguientes: se mantuvo abolida la pena de muerte, las principales novedades consisten en la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones fijándose reglas adecuadas al uso de dicho arbitrio en los artículos 51 y 52, los que señalan a la justicia penal una dirección antropológica, que es fundamental, en la teoría de este código.

Pragmático por excelencia, el código penal de 1931 desarrolló modestamente, pero con firme dirección y convicción de acuerdo con la realidad del país de aquella época, recogiendo, organizando y buscando un equilibrio para la nación mexicana de aquel entonces. En este sentido fue un código que permitió cómodamente ir recopilando experiencias y datos para la elaboración final de un código federal de los Estados Unidos Mexicanos, instrumento jurídico adecuado que introdujo una moderna política criminal aplicada a todo el país, el código de 31 fue adoptado casi a la letra, por los distintos códigos penales de todos los estados de la república.

Los lineamientos de política criminal que se tomaron en consideración al ser expedido este código, los podemos desprender de la exposición de motivos elaborada por la comisión redactora y que señaló:

Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir

la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: “no hay delitos sino delincuentes”, debe de completarse así: “no hay delincuentes sino hombres”; el delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales.

Para este código, la pena fue considerada como un mal necesario: que se justifico por distintos conceptos penales, teniendo como finalidad de la pena la de la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc. Pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. Adopta, el código de 1931, en cuanto a los fines de la pena, fundamentalmente criterios de prevención general, negativa (intimidación) y positiva (ejemplaridad); de prevención especial positiva (expiación en aras del bien colectivo), o prevención especial negativa (siempre como un mal necesario) en funciones éstas dirigidas a conservar el orden social.

El código de 1931 recogió el estado peligroso como formula parcial, pero no como criterio generalizado de la legislación mexicana, pues no hace de él la verdadera y única base de la responsabilidad; la sanción se aplicará al delincuente según su peligrosidad, tomando en cuenta la gravedad y modalidad del derecho violado, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente y respecto a los estudios de personalidad, que también se requerían, éstos prácticamente no existieron, privó pues; el criterio peligrosista, sin otro sustento que el arbitrio judicial, pero sin el apoyo criminológico de los estudios de personalidad.

Al respecto, Luís Garrido en 1947 escribió que el ejecutivo por aquellas fechas había mandado una iniciativa de ley para reformar preceptos del código penal de 1931, que en esencia se concretaban a *eleva considerablemente las penas, incurriendo en el error de creer que la delincuencia se combate, victoriosamente con adiciones, supresiones o modificaciones de la ley*

punitiva...si la criminalidad aumenta no es porque el código penal sea bueno o malo, es sencillamente porque rara vez se aplica.

Los cambios económicos, sociales y políticos que desde el inicio de la vigencia del código penal federal de 1931, dieron lugar a estructurar otro, no lograron su reemplazo, por uno nuevo hasta la creación del código de 1999, no así; parcialmente se optó por el camino de las reformas y este sufrió tantas, que a la fecha de la expedición del código penal federal de 1999, prácticamente era un diferente código.

Por cuanto hace a las penas exageradamente elevadas y de mínimos ínfimos, el código abandona el principio retributivo de la pena y sigue una política criminal de prevención general y prevención especial; esta política se vale de un sistema de doble vía en que, en principio; la pena deriva de una necesidad de prevención general que tiene a la culpabilidad por supuesto y a la prevención especial resocializadora por finalidad, y en que la medida de seguridad no se apoya sobre prevención general alguna, tiene a la peligrosidad por supuesto y persigue una finalidad terapéutica.

La reforma constitucional del 3 de Septiembre de 1993, se apoyó en una concepción diferente de delito y punibilidad, se abandona el esquema causalista de una culpabilidad fundamentada en criterios peligrosistas, (culpabilidad de autor); por una culpabilidad sustentada valorativamente (culpabilidad por el acto o hecho). Paralelamente se adoptó en la carta magna el concepto de delitos graves como pauta para determinar criterios de punibilidad y de libertad provisional.

Una transformación tan radical necesariamente tenía que acarrear cambios fundamentales en la normatividad sustantiva y adjetiva, tanto de la legislación federal como de las legislaciones estatales que debían ajustar sus leyes a este nuevo esquema constitucional, que no dudamos en calificar de

garantista y más acorde al estado de derecho democrático que pregona la propia constitución.

En este contexto se reformó el código penal federal de 1931, según disposiciones publicadas en el diario oficial de la federación el 10 de enero de 1994, la reforma constitucional de 1994 repercutió en reformas a los códigos penales, tanto federal como del distrito federal, que en el caso del código penal, con dichas reformas fue que se gestó el código penal de 1999²¹.

1.2.2.4 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1999.

Con motivo de las reformas constitucionales ocurridas en el primer lustro de la última década del siglo pasado, el Distrito Federal pudo contar con asamblea legislativa, jefe de gobierno y tribunal superior, con el ámbito de competencia que el artículo 122 de la constitución señaló para tales órganos. En particular, en la materia penal, el código penal de 1931 que tenía señalada aplicación tanto para el ámbito federal, como para el distrito federal en materia común, creo la necesidad de expedir tanto un código exclusivamente para la competencia federal, y otro de aplicación para el Distrito Federal.

Fue así como se expidió el código penal federal de 1999, que adoptó prácticamente en forma integra al código penal federal de 1931 con todas sus reformas vigentes a la fecha indicada. Lo anterior a pesar de diversos anteproyectos que ya se habían propuesto, como los de los años de 1988, 1990, 1991 y 1992.

²¹ ibidem, p.109; Wiarco Orellana Octavio Alberto, *La Individualización de la Pena de Prisión*, México, Porrúa, 2000.

En el presente trabajo las referencias que hemos efectuado hacia el código penal federal de 1931, resultan válidas a nuestro juicio respecto del actual código penal federal de 1999, pues este último; como ya mencionamos, reprodujo al de 1931.

Al otorgársele a la asamblea legislativa del Distrito Federal la facultad para legislar en materia penal según lo señala el artículo 122 apartado C, base primera, fracción V, inciso h, de la constitución, a partir del 1º de enero de 1999 según decreto publicado en el diario oficial de la federación el 22 de agosto de 1996, se propició la designación de un grupo técnico de trabajo de la propia asamblea legislativa que para junio de 1999 presentó un anteproyecto de código penal, poco antes de esa fecha el Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM; entregó un diverso anteproyecto, pero ni uno ni otro se presentaron como iniciativa.

A principio del año 2001 se presentaron tres iniciativas al senado de la asamblea legislativa del Distrito Federal, una por cada una de los principales partidos políticos, PRI, PAN y PRD.

Sin duda dicho esfuerzo legislativo, plasmó los fines de política penal que perseguiría el estado, resultando una tarea reflexiva, para la elaboración de un proyecto de código penal, pues se procedió en primer lugar; a hacer un diagnóstico de la realidad social, del fenómeno delictivo y sus causas, luego una revisión del código penal vigente, con el objeto de determinar si éste constituye o no una respuesta idónea, a las exigencias de la realidad social y si además, se adecua o no a los principios y criterios que se derivan de la ley fundamental y de instrumentos internacionales, así como de las recomendaciones de la legislación comparada y de la política criminal modernas, siendo un derecho armónico se estableció que el nuevo código penal realmente resultaría una alternativa mejor y que ésta no sería la única.

Finalmente la asamblea legislativa del Distrito Federal aprobó, en julio del año en 2002 el nuevo código penal, normatividad que iniciará su vigencia el día 12 de noviembre del año 2002²².

1.2.2.5. ACTUAL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Penal para el Distrito Federal del 2002, incluyó una política criminal, sustentada dentro de sus primeros seis artículos con las garantías individuales en materia penal que consagra nuestra Carta magna; formando así, un todo armónico tendiente a reafirmar el fin de tutelar la seguridad pública a que se dirige el mencionado Código.

La reforma del Código penal para el Distrito Federal, por sí misma era necesaria, de ello da cuenta la antigüedad del propio instrumento (aprobado en 1931), el cual tiene su origen en un país tan distinto, de cuando fue promulgado este ordenamiento, ya en nuestros días; resulto ser oscuro, represivo, obsoleto e ineficaz, suficientes razones para contar con un nuevo marco normativo en materia penal, particularmente el Código Penal del Distrito Federal.

Este proyecto de Código nace con las facultades que se le atribuyeron al poder legislativo para emitirlo, en tanto que; la normatividad que fija la competencia a la asamblea legislativa del Distrito Federal, lo es; el artículo 122 apartado C, base primera fracción V, inciso h, de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha concedido a esta la facultad para poder legislar en materia penal, en virtud de que el artículo 11 transitorio del decreto de 22 de agosto del año 1996, indica que dicha facultad entraría en vigor en 1999.

²² ibídem, p.111.

Siendo necesaria la actualización del código, la sociedad no podía esperar; que por sí mismo dicho ordenamiento resolviera los problemas que nos aquejan, ya que para la construcción de un verdadero estado de derecho en nuestro país y por supuesto en nuestra ciudad. Al respecto debemos de ser concientes de que el funcionamiento de una ley está vinculado con el funcionamiento de otros ordenamientos, con el funcionamiento de las instituciones y con la manera como las normas interactúan.

Ahora bien, un nuevo código penal implico grandes retos, así; eran de esperarse las criticas, las oposiciones, la indiferencia, lo cierto es que los resultados no pueden ser valorados, de un día a otro, sino a través de un período de aplicación e interpretación de la norma que permita establecer con claridad si se lograron los fundamentos y motivos del cambio.

En efecto, me parece que con este nuevo código penal, se dio un gran avance respecto a los mecanismos coercitivos, como en la exploración de aquellas medidas preventivas que han contribuido a inhibir las conductas delictivas, desde luego que la necesidad de mejorar nuestro sistema de administración y procuración de justicia requerían de ambas, por lo que con su creación, se incursiono ya en la nueva época del derecho penal, enclavado en un estado social democrático y de derecho poniendo al país a la vanguardia legislativa, aunque habrá que decirlo; con carencias por resolver.

El código penal constituye la guía rectora de la política criminal, su contenido prescriptivo y sancionador, es la cobertura normativa del aparato punitivo del estado, por ello respecto del tema que nos ocupa, es importante analizar a continuación el mecanismo de imposición de penas en este texto normativo.

En este ordenamiento la referencia a la pena no se restringe a la especie, sino sobre todo a la cantidad de la misma. Calidad y medida de la

pena son, pues, objeto de estas breves reflexiones que pretenden revisar el título tercero, del libro primero del código penal para el distrito federal; para ello es importante hacer mención que en este; se le da una mayor importancia discursiva al delito que a la pena, siendo que el binomio entre delito y pena es indisoluble y, por tanto, la indeterminación de las reglas de cualquiera de ellos implica necesariamente la inconsistencia de la ley penal, con una consecuente ineficacia anticipada del sistema.

Me parece que si bien es cierto que se han dado avances en materia dogmática respecto del delito, el estudio de la teoría de la pena sigue siendo insuficiente en este ordenamiento, pues aún no se decidieron los legisladores a revolucionar el sistema de penas en México, sigue previéndose la prisión con mayor incidencia, en segundo lugar la inhabilitación o destitución, del cargo, comisión o empleo se encuentra casi a la par de la prisión, sin embargo, se insiste en ella casi como sanción exclusiva para funcionarios públicos.

Por su parte, la privación o suspensión de derechos se incrementa en la parte especial. Eliminándose de este nuevo catalogo algunas medidas como el apercibimiento, la amonestación, la caución de no ofender, la publicación especial de sentencias; aquí cabe preguntar ¿por qué mantenemos el criterio de beneficio en la aplicación de los sustitutivos penales?, lo que nos llevaría a pensar en eliminar definitivamente las penas cortas de prisión, es decir, aquellas de temporalidad menor a los tres años y abrimos vías a las alternativas.

La innovación en materia de penas consiste, primero, en la división expresa que se hace entre penas y medidas de seguridad; la distinción entre penas personales y aquellas destinadas a las personas morales, entiéndase las personas jurídico colectivas, para las que establecen dos sanciones más, la remoción y la intervención general; de igual manera resulta novedosa el trabajo a favor de la víctima.

Nada se aclara en el texto normativo sobre la pertinencia legal de una pena o una medida de seguridad, me parece que persiste la confusión de identificarlas como iguales, pero de distinta intensidad. Así mismo, no se distingue entre las penas principales y las accesorias, la mayor parte del catalogo de medidas de seguridad que establece este ordenamiento se refiere, en realidad, a penas con carácter secundario y no, como lo determina, a medidas de seguridad.

Entre unas y otras hay una diferencia esencial: las medidas de seguridad se aplican única y exclusivamente a las personas inimputables por enfermedad o deficiencia mental, ya temporal o transitoria, es decir no hay forma de aplicarlas a personas sanas, personas a las que es posible imputar un hecho delictivo por ser sujetos de responsabilidad penal.

Es posible aplicar accesoriamente otra medida, atendiendo a la finalidad preventiva especial, pero no cabe aplicarlo como medida de seguridad, en mi opinión el Código debería ser clara su distinción entre unas y otras, bien de manera expresa o a través de las reglas de aplicación, ya por separado, conjunta o disyuntivamente.

Me parece que la confusión se hace más evidente en los artículos 60, 61 y 67 respecto de la aplicación de medidas complementarias, así como en el artículo 72, en el que se dispone que únicamente se determinaran de manera conjunta cuando así se establezca para cada delito; sin embargo los artículos 60, 61 y 67 establecen la posibilidad de aplicar, además de la pena, otra medida de acuerdo con las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, casos en los que el juzgador puede establecer medidas accesorias, entendidas como un complemento de la sanción principal.

La temporalidad de estas medidas está directamente vinculada con la duración de la pena principal. Si se trata, como se explico anteriormente, de

medidas complementarias, en principio no existe objeción a esta regla; sin embargo, tratándose de medidas de seguridad, en estricto sentido, la sujeción de la temporalidad de la medida al término máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables, resulta desatinada y desvirtúa la finalidad preventivo especial propia de las medidas de seguridad.

Esto porque en algunos casos, el tiempo que llevaría mantener con éxito un tratamiento clínico para estas personas puede exceder del tiempo que se establece como máximo al límite de la pena de prisión y, si se tratará de penas no privativas de libertad, el tratamiento nunca podrá aplicarse por más de seis meses; en mi opinión, esta situación evidencia un galantismo llevado al extremo, de tal manera que es difícilmente identificable la finalidad que persiguen estas medidas, aunque el argumento es válido también, para la duración de las medidas accesorias de características terapéuticas, como en el caso de la deshabitación y desintoxicación.

Debemos tomar en cuenta, en atención a la prevención especial positiva, que el tratamiento tiene un objetivo distinto del de la mera retribución, finalidad principal de la pena; así, tendríamos que dotarle de circunstancias también distintas esto es, la finalidad de asegurar al ciudadano un tiempo determinado de sanción, con la imposibilidad de que la autoridad aplique indefinitivamente una privación o restricción se desnaturaliza, esto por la específica finalidad que ha de cumplir la aplicación de tratamientos médicos que controlen ya la enfermedad o deficiencia mental, ya la adicción al alcohol o a estupefacientes, enervantes o psicotrópicos.

Podemos afirmar que la graduación de la intensidad de las penas sigue siendo deficiente. Las reglas de medición se limitan al establecimiento de un límite mínimo y uno máximo, para cada delito, parámetro que resulta amplísimo cuando se trata de la determinación específica.

Por señalar un ejemplo, independientemente de que cuando el juez impone una pena menor de cinco años de prisión puede concederle algún sustitutivo o beneficio al sentenciado, la ley de ejecución de sanciones penales del Distrito Federal determina cinco supuestos donde se puede reducir la pena de un sentenciado; este punto es el que más inquieta; pues derivada de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional, ésta pierde su eficacia, ya que con independencia de que sea nula la prevención especial en nuestro país, donde la resocialización del individuo realmente sea efectiva al purgar la pena, es una frustración saber que bajo estos beneficios a un sentenciado se le reduce la pena hasta una sexta parte, por ejemplo con una sentencia de siete años, al año ya puede obtener su libertad anticipada.

Si un sujeto con una condena de 26 años de prisión por homicidio se acoge al tratamiento de libertad preliberacional al compurgar el 50% de la pena, se le reduce a 13 años, y en relación con la remisión parcial de la pena que es el de dos días de trabajo por uno de prisión disminuye otro 50% y la pena se reduce a seis años seis meses, esto nos conduce a reflexionar que el procedimiento penal no cumple con su propósito.

Este código mantiene la posibilidad de la acumulación de penas de prisión, la tendencia comparada en esta materia es, en realidad, la de la subsunción al límite máximo, esto en atención al principio de racionalidad del derecho penal, por el que con la aplicación de la pena máxima se satisface el principio de retribución, no resultando necesaria la confirmación de la suma de las diversas condenas hasta por cincuenta años, si es el caso. Las reglas establecidas para la acumulación de las penas han de ser perfeccionadas, para limitar la aplicación sucesiva, para no incurrir en absurdos que, en vez de propiciar la consecución de la función del derecho penal, promuevan, por excesivo rigor, injusticias.

En nuestros días, no debemos de permitir que las cuestiones partidistas o filosóficas en materia penal se conviertan en una lucha estéril, que nos conduzcan a la inmovilidad de nuestras leyes o a un retroceso en el pensar de la ciudadanía, ante la necesidad imperante de justicia que tiene nuestra sociedad, pues considero que las leyes inútiles debilitan las necesarias.

1.3. FINES DE LA PENA.

Un estudio pormenorizado de cada una de las distintas teorías de la pena o su función, excede los límites que nos hemos propuesto en el presente trabajo, ya que los objetivos propuestos son ciertamente modestos, sobre todo pretendo presentar, las características más importantes de algunas de las formulaciones teóricas hechas sobre la pena como reacción estatal, pues me interesa resaltar principalmente, el importante cambio que se dio con el tránsito de una concepción retributiva de la pena a una formulación preventivista de la misma.

Con este cambio, el concepto de culpabilidad se ve considerablemente modificado en su finalidad y consideración doctrinal, en la actualidad existe crisis de la concepción tradicional de culpabilidad se relaciona, de alguna manera, con la aparición de nuevas orientaciones en el sentido y función de la pena estatal.

No es preciso señalar siquiera el hecho de que a una determinada concepción de estado corresponde asimismo, una de pena y a ésta una de culpabilidad, por razón de su obviedad; no insistiremos aquí en la utilización que hace el estado del derecho penal es decir, de la pena para facilitar y regular la convivencia de los hombres en sociedad; no obstante existir otras formas de control social, algunas más sutiles y difíciles de limitar que el propio

derecho penal, el estado utiliza la pena para proteger de eventuales lesiones determinados bienes jurídicos que son así considerados en una organización socioeconómica específica.

Pena y estado son conceptos íntimamente relacionados entre sí, pues en todo estado se desarrolla un fin de la pena, por su parte la culpabilidad, consecuentemente ha sido fundamento de la sanción jurídica y ha tenido que adaptarse necesariamente a tales cambios, siendo el contexto socio económico de cada estado, el que determina la pena su sentido, funciones y finalidades influyentes en la forma de estado que adopta a su vez un sistema sancionador.

La historia del estado moderno es de muy reciente manufactura y con una diversidad en cuanto a sus formas constitutivas, la pena adquiere el prototipo y forma estatal a considerar por el control estatal, que se pretende con la forma de gobierno a imponer por el estado mismo, en este sentido, podemos afirmar que la pena evoluciona a la par de las formas estatales, igualmente la culpabilidad asume formas distintas en una época histórica que en otra.

Es propicio decir que el binomio estado pena, tiene implícita la ecuación función, sentido, finalidad y culpabilidad, conceptos todos cambiantes, que habrá que decirlo, entre los tres existen ligazones bastante fuertes. En efecto, para la doctrina es evidente, la relación entre una teoría determinada de estado con una teoría de la pena y de esa relación se establece una relación entre la función y finalidad de la pena, con el concepto dogmático de culpabilidad que se haga valer.

Al igual que evoluciona la forma del estado, el derecho penal evoluciona, tanto en el plano general, como en cada uno de sus conceptos fundamentales. Y aquí se aprecian las visionarias palabras de Von Liszt cuando argumento que; por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el

progreso del derecho penal, acertada afirmación que pone el acento en uno de los puntos centrales de la ciencia jurídico penal, la culpabilidad concepto de cuyo estudio surge la decisión de imponer o no el castigo estatal.

Un concepto dogmático como el de culpabilidad requiere, a juzgar por la delicada e importante función que está llamado a realizar, esto es; fundamentar el castigo estatal, de una justificación lo más clara posible del porque y para qué de la pena. Siendo así, es importante destacar, con Haseemer, que la moderna dogmática de la culpabilidad busca criterios para precisar el concepto de poder generar en un campo próximo: el de los fines de la pena.

Evidentemente, los fines de la pena, como teorías que indican la misión que tiene la pena pública, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad, al dar sentido a la pena, pueden también dársele al juicio de culpabilidad. Una concreción del juicio de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena promete, además, una armonización del sistema jurídico penal, un encadenamiento material de dos sectores fundamentales, que son objeto hoy de los más graves ataques por parte de los críticos del derecho penal.

Con el examen de las distintas teorías que explican al sentido, función y finalidad de las penas, reconstruimos la evolución del concepto dogmático de culpabilidad. La vinculación tan cercana entre pena y culpabilidad nos exige, sin lugar a dudas, detenernos para analizar los contenidos de cada una de las teorías, por lo menos de las tres más importantes: teorías absolutas, teorías relativas; prevención general y prevención especial, y teoría funcionalista.²³

Antes de comenzar el desarrollo del siguiente apartado, me parece oportuno hacer una aclaración, respecto a la teoría abolicionista y justificionista;

²³ Vidaurri Aréchiga Manuel, *Teorías de la Pena*, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

que aunque con terminología no coincidente con la aquí empleada, existen referencias doctrinales que constatan en diversas fuentes consultadas, la existencia en todas las épocas de grupos, que han contrapuesto sus opiniones; y polarizan a la opinión pública, respecto a la imposición de la pena.

Así, según su concepto de pena, hacemos nuestra la división, que ven por un lado la abolición de la pena repudiándola, o bien, la justifican como un castigo con la retribución. Sin embargo admitir esta división no implica, como consecuencia inevitable, que la función o sea el fin esencial de la pena sea la abolición o la retribución, sólo he querido hacer esta división para enfatizar que, del estudio de estas corrientes polarizadas han surgido teorías modernas, acerca del fin de la pena y que desarrollamos a continuación.

1.3.1. TEORÍA ABOLICIONISTA

El hombre siempre ha encontrado dificultades, a la hora de juzgar los actos de sus semejantes, puesto que no existen parámetros sociales objetivos, desde todos los campos de la vida y de la ciencia, para imponer penas retributivas, en este apartado haré mención sólo de algunos de los principales grupos opositores, a la imposición de castigos retributivos ya que son tantas y tan variadas las corrientes que se oponen, que resulta imposible dar cuenta de todas ellas.

La principal razón, por la cual decidimos ocuparnos únicamente de quienes rechazan la retribución por ver en sus dimensiones esenciales un algo cruel e indigno, definitivamente injusto; lo es la existencia de las más diversas fuentes en este sentido, los textos cubren muchas páginas, que constatan lo dicho. Por razones metodológicas es preciso dividir en dos grupos, según que

esa repugnancia acerca de la retribución, brote de la corriente racional o del apetito instintivo, el cual explicaremos en posterior apartado.

Existen diversos sectores de la sociedad, sociólogos, psicólogos, filósofos los que, ven la retribución de la pena como inhumana talante de venganza, subproducto de la ira, pasión animal que nace en los recovecos del hombre, como una turbia herencia ancestral de su origen antropeide. Ahora bien, por lo que hace a los historiadores, advertimos que éstos ven en la pena un retroceso a tenebrosas prácticas de tiempos bárbaros. El derecho penal dicen; debe superar su infancia medieval, debe ir avanzando en la historia, desprendiéndose en su camino sin cesar, de formas culturales ya fenecidas.

Otro sector social que externa su opinión respecto de la retribución, son los juristas propiamente penalistas, quienes dirigen rigurosos ataques, contra las penas retributivas, aun las de cárcel; basta por ahora citar a Dorado Montero, para quien deben ser relegadas por crueles, por ineficaces y contraproducentes, por atentatorias a la personalidad humana y a sus inatacables derechos, este retribucionismo lleva envueltos deseos de venganza hacia los criminales, deseos que se manifiestan aun en los órganos del gobierno.

Los anhelos retribucionistas son los equivalentes del instituto de venganza, de devolver el mal por el mal, muchos escritores de derecho penitenciario rechazan la vindicta por considerar vil y despreciable dejarse seducir por el instinto ciego, el cual solamente pretende castigar e intimidar.

A la misma o parecida conclusión llegan, aunque por caminos opuestos, algunos teólogos (sobre todo protestantes), son muchos los textos sagrados, que ponen el centro de la justicia en sólo las manos del señor, no en las de los

hombres, amplificando el grito poderoso de Del Vecchio: "Nunca se podrá defender, ni jurídica ni éticamente, que los hombres inflijan al delincuente un dolor por su acción malévolas; a ésta deben oponer no un malum pasiones, sino un bonum actionis.

La doctrina no es nueva en el siglo XVI, los valdenses negaban que la autoridad terrena pudiese castigar a los delincuentes con la pena de muerte, se apoyaban en las palabras que el éxodo capítulo 22, destacando la frase no matarás y en el evangelio San Mateo capítulo 13, donde se expone y se comenta la parábola del trigo y de la cizaña, no la arranquen los hombres pues esa es tarea del padre con sus ángeles.

Desde el siglo XVI hasta nuestros días son innumerables los autores que vienen rechazando totalmente la retribución, con textos bíblicos como puntos de apoyo, no juzguéis y no seréis juzgados, no te dejes vencer del mal más procura vencer al mal con el bien, amad a vuestros enemigos; haced el bien a los que os aborrecen, orad por los que os persiguen y calumnian. No volviendo mal por mal, ni maldición por maldición, antes al contrario bendiciones., no os toméis la justicia por vosotros mismos amadísimos, antes dad lugar a la ira (de dios), pues escrito está; a mí la venganza yo haré justicia, dice el señor, por el contrario, si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed, dale de beber, que haciendo así amontonáis carbones encendidos sobre su cabeza.

Las citas podrían multiplicarse hasta casi el infinito, escudándose en ellas, multitud de autores quienes defienden con Drews en su Strafsreform und Christentum (Tübingen, 1905), que la pena es la negación del cristianismo y basta citar algunos clásicos, para probar o confirma la vileza del castigo por el testimonio de la sagrada escritura, los teólogos clásicos santo Tomás, Molina

Lessio, Lugo, Castro y otros muchos, procuraron rechazar esta opinión aunque sin darle gran importancia.

A pesar de este ambiente, los teólogos juristas, rechazan con toda energía la venganza y niegan al hombre privado todo derecho punitivo, aunque cuidan de evitar su confusión con la legítima defensa. La fundamentación de esa postura contraria a la opinión pública de entonces, varía mucho de unos teólogos a otros.

El P. Molina considera ilícito y absurdo que los particulares pretendan castigar por sí mismos a sus ofensores, porque ni pueden ni saben hacer justicia, les falta potestad requisito indispensable con que Dios faculta a la autoridad social y aunque la tuvieran, se obcecarían al ser jueces en su propia causa; esta prohibición a todo particular le parece incuestionable por ser de ética natural y no de mero derecho positivo.

A la misma conclusión llega Soto, la prohibición divina plasma una explicación de la ética natural. La razón de no permitir al particular tomar venganza de su injuria, es clara: si pudiese exigir la retribución el mismo ofendido, todos castigarían más de lo justo, pues el dolor de la ofensa sufrida obnubila el entendimiento e inflama la ira²⁴.

En resumen, unos y otros sectores sociales, a través de diversas épocas han polemizado y polarizado a la sociedad; respecto a la imposición retributiva de la pena, pero es al parecer el grupo de nuestros teólogos-juristas, el que he considerado más importante grupo abolicionista de la pena retributiva, su postura aparece tajante: un hombre particular nunca puede imponer castigo, ni el más mínimo, ni al mayor criminal, ni aun siendo él la víctima del crimen.

Ello resulta doblemente meritorio en aquel ambiente en el que todo, historia, literatura, filosofía y aun el mismo derecho propala lo contrario como laudable y justo.

²⁴ Beristain Antonio, *La Pena Retribución y las Actuales Concepciones Criminológicas*, Argentina, Ediciones de Palma, 1982, p.29 -32.

1.3.2. TEORÍA JUSTIFICIONISTA.

Contra las teorías apuntadas en el apartado anterior, he creído pertinente confrontarlas con la admisión de la retribución de la pena, puesto que de la confrontación teórica, han surgido corrientes posteriores, que dieron luz a la humanización de la pena y marcaron la evolución del derecho penal, en un entorno que significa teológica, sociológica, histórica, psicológica y jurídicamente la exclusión de la venganza.

Sus notas esenciales, repetimos, llevan direcciones diametralmente opuestas, esquemáticamente nos lo muestra la confrontación del origen, autores, medida y fin de ambas instituciones, la venganza privada brota de la pasión ciega del ofendido, pero la retribución nace de la culpa jurídica personal del delincuente.

Personas particulares, no superiores del delincuente, ejercitan la venganza privada, pero la retribución es llevada a cabo por la autoridad pública con facultad delegada por el pueblo y dios. El capricho, la fuerza, la pasión ilimitada dan la medida de la venganza privada, mientras que la igualdad proporcional entre delito y pena limitan la retribución.

La venganza privada persigue como fin supremo dañar al ofensor; en cambio, la retribución procura conseguir la reparación y creación del orden jurídico la enmienda del delincuente, la prevención general y la defensa social. La retribución, tal y como la conciben los teólogos, no merece el repudio de indigna o cruel, porque contiene engastada en su esencia una doble y entre si complementaria justificación: la defensa social y la realización perfeccionadora, creadora de la justicia. La retribución merece el calificativo de sumamente digna por ser necesaria defensa de la sociedad y por ser simultáneamente rectificación y sublimación de esa defensa.

Sin embargo es de aclararse que aún dentro del grupo de los teólogos, han existido divisiones respecto a la retribución de la pena, ya que hay vertientes que señalan que, si bien es cierto; la imposición de la pena es considerada un mal no justificado, tampoco se prohíba la justa retributiva en la sagrada escritura.

Así por ejemplo; tenemos posturas como las del autor Lugo, quien al comentar si es ilícito matar a los criminales dilucida, lo que a nosotros nos interesa: es decir; si en general pueden o no los hombres castigar al delincuente.

Prescindimos ahora de sus argumentos de autoridad, para fijarnos únicamente en su argumentación bíblica, la cual tiene dos vertientes una positiva: al afirmar que la sagrada escritura admite en varios pasajes el ius puniendo, por ejemplo en el capítulo 22 del éxodo, del cual suelen aducir los adversarios sus argumentos. Éste capítulo preceptúa la pena de muerte para los adoradores de los ídolos, para el que mate a un ladrón que roba durante el día, etc.

A este pasaje escriturístico añade Lugo otras citas, tanto del antiguo como del nuevo testamento y termina con el texto pauliano a los romanos, capítulo 13, versículo 4: al señalar que el príncipe es un ministro de dios puesto para bien del pueblo, pero si obras mal tiembla, porque no en vano se ciñe la espada, como ministro de dios, para ejercer su justicia castigando al que obra mal.

La otra vertiente de su argumentación podemos llamarla negativa, dirigida a desvanecer las objeciones concretas de los adversarios, de la cual no anudáremos, por razones de espacio; nos limitamos a transcribir una de sus demostraciones de su comentario a la parábola del trigo y la cizaña, pues al citar unas seleccionadas respuestas positivas de los santos padres, por

ejemplo, la de San Agustín (que sólo reconoce la prohibición de la pena a los malvados cuando ésta resultara peligrosa para los inocentes, por ser cosa difícil discernirlos, o cuando el castigo personal causare graves daños a la sociedad), añade Lugo: aun en la misma perícopa evangélica, indica el señor que las autoridades deben castigar a los malvados, y en concreto con la pena de muerte extirpare.

Entre las páginas de Lugo podemos espumar tres razones: si cada particular pudiese ejercitar la justicia, habría tantas supremas autoridades cuantos individuos, lo cual repugna en toda política social; se seguirían gravísimos daños en la vida pública y privada; los jueces pueden sentenciar mejor porque ellos lo hacen sine affectu, sin las debilidades de la pasión ciega.

Otro autor, Castro trata varias veces de este problema y reconoce la universalidad de la prohibición no matarás, pero cree no ser necesario para que alguien pueda matar justamente, recibir una bula bajada del cielo o tener una dispensa especial de dios dice este autor; basta que tal dispensa nos la conceda la ley natural, que ha sido impresa por dios en nuestros corazones; por ahora parecen suficientes, las transcripciones bíblicas, para mostrar cómo los teólogos juristas, negaban que la sagrada escritura prohiba la justa retributiva.

Frente a estos argumentos, también existe una concepción retribucionista de la pena en la antigua ética cristiana, una teoría de la pena que se fundamenta en la retribución por el hecho cometido (pecado), que necesita de castigo para su expiación, queda más cerca de argumentaciones de tipo religiosas que jurídicas, la fundamentación de los clásicos nos parece sencilla y contundente.

Consta de dos tramos paralelos, pero en sentido contrario a los de nuestros contemporáneos.

A) La autoridad puede castigar porque dios, señor de todo, le delega este poder.

B) La autoridad debe castigar porque la conservación de la sociedad y del orden jurídico le exige la sanción de los delitos.

El punto más importante la existencia en dios de esa justicia nos consta con tal evidencia, que ningún o casi ningún jurista científico lo niega, dios como señor absoluto de premios y castigos, podrá delegar su señorío en quien le parezca conveniente. La dificultad consiste en probar que de hecho, la delega ya que bien es cierto, que desde el punto de vista religioso el pecado, no tiene repercusiones sociales, salvo entre quienes pertenecen a la comunidad religiosa; no así el delito que trasciende incluso a los mismos religiosos, si hablamos de una sociedad democrática, donde el estado de derecho es el encargado de sancionar las trasgresiones al orden jurídico²⁵.

Desde aquellos tiempos en que la teoría del derecho divino de los reyes predominaba en el mundo medieval, la Iglesia mantuvo una vinculación estrecha con el estado, concretamente con el soberano, sin embargo; con los cambios de configuración política que sufrió el estado a lo largo de la historia, la Iglesia observó importantes transformaciones en su seno respecto a su relación con aquel. Por principio, empezó por no sobrellevar de manera paciente y callada a aquellos gobernantes buenos y malos, como disposiciones de dios que se han de aceptar al igual que el buen o mal tiempo.

Para la época mencionada, la identidad entre iglesia y estado era evidente, estado e iglesia eran una misma cosa, una característica del estado absolutista apunta hacia la concentración total del poder legal en la persona del rey, ungido por la Iglesia en virtud del mandato divino. No queda lugar a dudas de que ambos poderes, el real y el eclesiástico, compartían un mismo concepto de sanción jurídica, es decir; de pena que se imponía al autor de un hecho

²⁵ ibídem, p.47

contrario a la ley en nombre del mismo dios, el vasallo no faltaba al rey cuando infringía alguna ley, faltaba directamente a dios representado en la tierra por el rey, a quien correspondía entonces hacer realidad la justicia ²⁶.

Concluimos distinguiendo el mundo jurídico del religioso, ya que a la luz del iluminismo el hombre inteligente comprende la dignidad del estudio y ejercicio de la justicia (atribuir y retribuir a cada uno lo suyo), así; podemos agrupar en dos partes, la explicación de la necesidad de sancionar los actos humanos, que hemos denominado aquí, teoría abolicionista y justificacionista.

La primera es negativa, con respecto a los efectos de la pena retributiva, la segunda aprueba la razón de existencia, de la vindicta social pública (la retribución); fundamental para entender la aparición de las corrientes, que pertenecen a la evolución constante, que ha sufrido la retribución de la pena, en sus diversa vertientes y que frente a las teorías absolutas, estas teorías (preventivas) reciben el nombre de teorías relativas; pero ambas concepciones implican también entre sí, una diferente concepción del estado de derecho y naturalmente de ambas con el retribucionismo, sin perjuicio de encontrar desde esta perspectiva más semejanza entre el retribucionismo y la prevención general, que entre ésta y la especial; las explicamos a continuación.

1.3.2.1. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

La falta de utilidad social de la teoría retribucionista de la pena ha conducido a su fracaso, por esta razón; han nacido algunas teorías donde la pena no se justificaría como una respuesta retributiva al mal cometido sino

²⁶ op. cit; nota 23, p.17-18,
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

como una modalidad de prevenir delitos futuros, de ahí su nombre de preventivas.

Las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena, sino de responder para qué sirve la pena y la prevención general como señala Antón Oncea; pues consiste en la advertencia de todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo un escarmiento en cabeza ajena²⁷.

Entre los defensores de una teoría preventiva general de la pena se cuentan, entre otros, Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer, y Feuerbach; siendo éste último autor el formulador de la teoría de la coacción psicológica, una de las primeras representaciones jurídico científicas de la prevención general. Esta teoría es básica en cuanto a las explicaciones de la función del derecho penal, para este autor dicha teoría consiste en prevenir en forma general los delitos esto es; mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos.

Esta teoría se debate entre dos ideas, la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre, en el fondo esta teoría si no quiere caer en el totalitarismo, en el terror, en la consideración del individuo como un animal, que responde sólo a presiones negativas, tiene necesariamente que reconocer, por una parte; la capacidad racional absolutamente libre del hombre, lo cual es una ficción al igual que el libre albedrío y por otra un estado absolutamente racional en sus objetivos, lo que también es una ficción.

Un análisis de las relaciones entre derecho penal y las diferentes configuraciones políticas sociales del estado, quedan evidentemente fuera de los márgenes que tenemos propuestos, a pesar de esto, la vinculación entre pena y estado reclama dedicarle alguna reflexión por breve que sea.

²⁷ Bustos Ramírez Juan, *Control Social y Sistema Penal*, 2ª ed; España, Limpergraf, 1987, p. 94

En atención a lo que venimos comentando, es necesario señalar que en una primera época del estado capitalista, como estado liberal reducido a funciones de mera vigilancia, las teorías mencionadas podían aparecer como suficientes. Un desarrollo posterior del estado capitalista hacía necesaria una readecuación de la concepción de la pena. La teoría de la prevención general compaginaba mejor con los postulados del nuevo estado, ya que desprendía de la pena toda consideración meta social o metafísica.

Por otra parte, conviene recordar que es en el marco de la Ilustración donde se desenvuelven estas opiniones preventivas, son teorías que surgen en la transición del estado absoluto al estado liberal, la consecuencia de ello ha sido señalada atinadamente por; Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree, al poner de manifiesto que el cambio de absolutista a liberal experimentado por el estado llevó a fundamentar la pena utilizando los planteamientos que los filósofos de la Ilustración opusieron al absolutismo esto es; de derecho natural o de estricto laicismo, libre albedrío o miedo (racionalidad), en ambos en el fondo se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la psiquis ²⁸.

El presupuesto antropológico supone un individuo que en todo momento puede comparar, calculadoramente, ventajas y desventajas de la realización del delito y de la imposición de la pena, dichos efectos pueden ser alcanzados, según la variante de la teoría que se tome, a través de la intimidación psicológica (prevención general negativa), o a través del reforzamiento de la norma perturbadora (prevención general positiva).

El medio por el cual se aspira a lograr esos efectos es la pena, entendida ésta como la expresión de indignación y rechazo por parte de la

²⁸ Rotaru Cristina, *Fines de la Pena*, p.7.
<http://www.unibuc.ro/eBooks/drept/zarnescu/7.htm>

autoridad o mejor dicho, por parte de aquellos a quienes esa autoridad representa; la sociedad.

Analizamos aquí, la prevención general negativa, la cual concibe a la sociedad como un cúmulo de delincuentes y la pena como una amenaza para los ciudadanos, es por eso que se dice; que la pena tiene una función intimidadora ante la sociedad, ya que previene el actuar de los ciudadanos.

Para los postulados de esta teoría, el fin de la pena es la prevención mediante la intimidación de la sociedad, para que no se cometan más delitos, este fin justifica la existencia de la pena y del derecho penal, el derecho es un sistema normativo porque establece sanciones para el caso de que incumpla el mandato contenido en la norma, la normatividad del derecho deriva de que a la norma de conducta, se le agrega una sanción para el caso de su incumplimiento, de modo que la normatividad del derecho derivaría de la sanción prevista ²⁹.

Esta se apoya en la razón del sujeto en la lucha contra los impulsos o motivos que presionan a favor del delito y ejerce una coerción psicológica frente a los motivos contrarios a lo dictado por el derecho; de estos presupuestos como veremos, se desprenden algunas de las críticas a la concepción preventiva general de la pena, antes de pasar a mencionar las objeciones hechas contra la fórmula de la prevención general, debemos agregar que son dos las ideas básicas, en que se finca esta teoría la idea de la intimidación o de la utilización del miedo y la ponderación de la racionalidad del hombre. Tales ideas han sido fundamentales y son de las que se ha valido esta teoría, para no caer ni en el terror ni el totalitarismo absoluto, ya que tuvo su efecto, reconociendo necesariamente por una parte, un estado absolutamente racional en sus objetivos; lo que también es una ficción³⁰.

²⁹ ibídem, p. 14

³⁰ op. cit; nota 23, p. 23-24,

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

Creemos que un estado democrático y de derecho, por el contrario, no podrá bajo ningún pretexto suponer que el fin justifica cualquier modo, ya que de hacerlo así estaría menoscabando derechos y garantías fundamentales, al respecto; Roxín sostiene que del planteamiento teórico de la prevención general no se advierte delimitación alguna de los comportamientos respecto de los cuales podrá el estado extender su reproche, situación que debe tenerse en cuenta ciertamente.

Al hablar de la prevención general, no puede menos que mencionarse los problemas de orden normativo y empírico por los que atraviesan sus directrices, en buena parte; muchas de las objeciones que se le hacen a la prevención general, surgen de la deficiente solución dada a tales problemas.

Para la teoría de la prevención general, la amenaza de la pena produce en los individuos una especie de motivación para no cometer delitos, frente a esta postura, encaja muy bien la crítica que se ha hecho en contra del supuesto poder del estado, así como el control del actuar racional del hombre, posibilidad que sabemos es imposible de demostrar; al menos para la teoría en cuestión, que no toma en cuenta un aspecto importante de la psicología del delincuente, es decir su confianza; o la posibilidad de no ser descubierto.

Se debe inferir que el buscado temor que debe infundirle al delincuente la amenaza por la imposición de una pena, no ha sido suficiente para impedirle realizar el acto delictivo.

Hablar aquí de los delincuentes llamados habituales, de los profesionales, etc., sería desviarnos del tema central en el presente apartado, pero es de mencionarse; que con las conductas delictivas por ellos realizadas ponen en entredicho la mencionada motivación de las normas penales para su no violación, ya que esta; es otra de las objeciones a la prevención general.

La teoría que examinamos no ha demostrado los efectos preventivos generales proclamados, es posible aceptar que el hombre medio en situaciones normales sea influido por la amenaza de pena, sin embargo; la experiencia lo confirma, no sucede así en todos los casos, ahí están por ejemplo, los delincuentes profesionales, los habituales, o los impulsivo ocasionales. En resumidas cuentas, como se ha dicho por ahí, cada delito es una prueba en contra de la eficacia de la prevención general.

Es posible que la crítica más antigua contra la prevención general se deba a Kant cuando se opuso claramente a cualquier intento de instrumentalización del hombre. A esta opinión del filósofo del idealismo alemán, se suman algunas otras más actuales como la de Roxin, para quien un ordenamiento jurídico que no considere al individuo como objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona, previo al estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisibles tal instrumentalización del hombre.

Este es el defecto ético social de la prevención general señalado por Sauer, ningún individuo, bajo ninguna justificación, debe ser castigado en beneficio de otros. Argumento con el que no puede menos que estarse de acuerdo. Sauer, refiere otra importante censura a la prevención general surgida de su exigencia para legisladores y jueces de establecer e imponer, respectivamente, penas muy altas que incluso llegan a superar la medida de la culpabilidad del autor del delito.

El punto de partida preventivo general, tiene en general tendencias al terror estatal, pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto tan duramente como sea posible.

En otro orden de ideas, ni las teorías retributivas ni las preventivas logran salir de otro escollo: la imposibilidad de señalar cuales son los

comportamientos frente a los cuales tiene legitimación el estado para intimidar y siendo así; no se aclara tampoco el ámbito de lo punible ³¹.

Ahora es necesario hablar aquí, de **La prevención general positiva**, la que tiene sus orígenes ideológicos en los estudios sociológicos de DURKHEIM, PARSONS y posteriormente LUHMAN y HABERMAS, si bien, en el ámbito penal sus antecedentes pueden encontrarse en WELZEL, KOHLRAUSCH o MAYER. En su más reciente formulación, parte de la consideración del derecho penal como medio de control social, donde la finalidad de la pena sería la auto confirmación normativa. *La pena actuaría estigmatizando al delincuente e integrando a los ciudadanos fieles al derecho en la vigencia de la norma.*

Con el objeto perseguir la integración de los individuos al sistema social, mediante el desarrollo de una fuerte convicción que tiende a reforzar e integrar la conciencia colectiva, funcionando el derecho penal y la pena como un aleccionador social que reafirma los valores sociales generales, evitándose así la comisión de nuevos ilícitos penales. A la prevención general positiva se le critica su carencia de verificabilidad empírica por utilizar elementos psicologizantes imposibles de constatar y señalándose además un acercamiento a las posiciones retribucionistas, que consideran que la pena solo sirve para afianzar al derecho. Otra objeción más puede señalarse: así como la concepción preventiva especial, no es delimitante para la duración del tratamiento terapéutico social y en el caso concreto puede sobrepasar la medida de lo defendible en orden jurídico liberal³². Lo que representaría que la prevención general positiva, sea simplemente la limitante, del aspecto intimidatorio de la prevención general negativa.

³¹ Idem.

³² op. cit; nota 28, p. 14,
<http://www.unibuc.ro/eBooks/drept/zarnescu/7.htm>

1.3.2.2. TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

Desde un punto de vista utilitario la prevención general aparece frente a la prevención especial completamente inadecuada, ya que desde el punto de vista del sistema social que se pretende, tanto la retribución como la prevención social aparecen como ineficaces para el sistema. Si se trata de intervenir en los procesos sociales, es necesario diferenciarlos y ello señala que los delincuentes no son iguales que los hombres normales y mas aun que cada delincuente tiene su origen en procesos especiales, luego se trata de actuar sobre cada uno de ellos o por lo menos respecto de grupos que presenten las mismas características, con lo cual se llega entonces a la topología criminal, que estuvo en boga durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX.

Por eso mismo los autores que defienden la prevención especial prefieren hablar de medidas y no de penas: la pena o supone la libertad o bien la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general; la medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente al normal, y al que hay que tratar en sus peculiares características peligrosas. Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar, siempre que ello sea posible, si no de inocular³³.

La prevención especial como función se enfoca sobre el autor del delito, bien puede ser neutralizándolo, intimidándolo o resocializándolo con el fin de que se reintegre a su medio social con una conducta normal, alejada de la comisión de delitos. El fin neutralizador y de aislamiento del delincuente corresponde a la prevención especial negativa; la intimidación del individuo pretende usar la pena con el objetivo de actuar coactivamente sobre el sujeto comisor para evitar su reincidencia y la prevención especial positiva se centra en la resocialización del individuo como fin de la pena que implica su rehabilitación y reinserción social.

³³ op. cit; nota 27, p. 103

Tiende a prevenir los delitos de una determinada persona, esta prevención opera en el momento de ejecución de la pena. El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro; a diferencia de la teoría de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige hacia el grueso de la comunidad de individuos, sino únicamente al delincuente en particular, para que no vuelva a cometer delitos³⁴.

Una exclusiva toma en consideración de la prevención especial como fin de la pena tiene el inconveniente de llevar al intolerable resultado de impunidad a todos aquellos casos en que, aun tratándose de delitos graves, el delincuente no precise ser intimidado, reeducado, ni inocuizado porque deje existir peligro de que reincida.

La teoría de la prevención especial busca evitar la comisión de delitos pero, son varias las corrientes que defienden una postura preventivo especial de la pena por ejemplo, en Francia es de señalarse la teoría de la defensa social de Marc Ancel; en Alemania, esta teoría es conocida desde los tiempos de Von Liszt, y en España fue la escuela correccionalista, de inspiración krausista, la postulante de la prevención. Independientemente del interés que pueda representar cada una de estas corrientes, la opinión dada en su momento por Von Liszt ha propiciado el comentario de algunos penalistas en el sentido de un retorno a Von Liszt³⁵.

Las principales tendencias en la Prevención Especial son:

La Escuela Positiva en Italia:

En Italia, ha cambiado la imagen promovida en el derecho penal y criminología porque ha puesto en el centro de atención al delincuente, sus

³⁴ Solorio Banda Daniel, *La Función de la Pena, Realidad Jurídica*, <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-lafuncion.htm>

³⁵ op. cit; nota 23, p.28, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

principales representantes Lombroso, Ferri y Garofalo; han hecho un estudio completo del delito como un hecho natural y social, y han concluido que el delincuente es como un enfermo y un inadaptado social que no tiene libre arbitrio, porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz; razón por la que ella debe ser recambiada con las medidas de seguridad.

La Escuela de Von Ligt, en Alemania:

La escuela de Von Ligt estableció que la finalidad de la pena, debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes, y no de manera uniforme, la función del derecho penal, es la protección de bienes jurídicos, mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente, así; la finalidad de la pena es actuar sobre el individuo delincuente para que en el futuro no cometa delitos.

Históricamente responde también a la ideología ilustrada y liberal, fue defendida fervientemente por VON LISZT y escandalizó al mundo su aplicación rigurosa realizada por el régimen nazi. Otro ejemplo lo es España país que atribuyo una finalidad preventivo-especial, con una tradición que se remonta a los autores más significados de la escolástica, muestra de ello lo es la original obra de DORADO MONTERO y finalmente, la orientación germánica de VON LISZT, fue recogida por la ley de vagos y maleantes de JIMÉNEZ DE ASÚA. Posteriormente, las tesis preventivas especiales han sido retomadas por la defensa social y la nueva defensa social en su versión moderna de MARC ANCEL³⁶.

La prevención especial, a su vez, se subdivide también en prevención especial positiva y prevención especial negativa, ambas se dirigen al sujeto infractor, sus efectos tratan de incidir en el delincuente, bien para resocializarlo e integrarlo a la comunidad (positiva) o bien para inocuizarlo; apartándolo de la

³⁶ op. cit; nota 28 p.14, <http://www.unibuc.ro/eBooks/drept/zarnescu/7.htm>

sociedad mediante el internamiento asegurativo, tendiente a su neutralización (negativa)³⁷.

Esta teoría de la prevención especial, conduce al terror estatal porque esté en la búsqueda de la obtención de su fin que es prevenir el delito, se manifiesta como ente inspirador de miedo y amenazador mediante la pena, estigmatizando al delincuente y no resocializandole, convirtiéndole en un ciudadano rechazado y no integrado a la sociedad como pretende dicha teoría, siendo el aparato estatal, el que pretende prevenir la actividad delictiva utilizando la pena como medio, pero esto no es así; ya que la pena solamente castiga y no previene.

En el contexto de nuestra legislación no se lleva acabo la prevención especial, ya que la pena no puede evitar que un delincuente vuelva a delinquir mucho menos que se pueda prevenir la comisión de determinado delito, esto solamente se puede realizar, si el delincuente esta convencido que la pena aplicada por el delito cometido haya sido meritoria y justa.

Desde mi perspectiva al individuo sujeto a prisión, se le debe brindar la oportunidad de corregirse, de alejarse del vicio de las influencias negativas para que vuelva a formar parte de la sociedad y no ser una parte destructiva de ella, ya que el problema estriba en dilucidar si tales marcos de prevención especial se ajustan a la realidad es decir; si la exigencia de un determinado tope, por ejemplo un año es absolutamente necesario para impedir la merma de la prevención general, ante la colectividad y si no lo es será obvio que debería aumentarse dicho tope, evitando que los condenados puedan acogerse a condena condicional o suspensión del fallo así mismo; a los sustitutivos penales y reducirse el establecimiento del máximo de duración de cada pena, en la exigencia de extinguir sólo parte de su condena, en libertad condicional.

³⁷ Ortiz Ortiz Serafín, *Los Fines de la Pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993, p.145

1.3.2.3.- TEORÍA RETRIBUCIONISTA DE LA PENA.

El termino retribución significa pago; el concepto jurídico penal retribución es una categoría punitiva derivada de un principio filosófico de justicia absoluta, en este sentido; retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito. Entendida así la retribución es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito; este castigo se le retribuye por el mal que ha ocasionado. De esta manera el sufrimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta es justo.

En este sentido al realizarse la justicia con la aplicación de la pena esta se justifica por sí misma, es decir; al sujeto que actuó mal se le devuelve otro mal, en estricto sentido filosófico no se puede hablar de fines de la pena con la retribución, ya que este es un principio que se justifica por si mismo, es decir; la pena retributiva es un fin en si misma.

La esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del delincuente, de ahí que la idea de retribución exige que al delito le siga la aflicción de la pena para la realización de la justicia.

Expuesta de esta forma, pareciera que la retribución como pena justa no tiene otra finalidad que la realización de la justicia, al devolver al culpable un mal por otro mal realizando un ideal justo. No obstante, quienes sustentan el carácter retributivo de la pena, otorgan fines prácticos al castigo, así lo expresa el penalista Cuello Calón: *La pena es siempre retribución, no importa que aún sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene.* Pero, no solamente se logran estos fines prácticos, sino que con la retribución se alcanzan otros fines más amplios y elevados, como lo es mantener el orden y

el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito³⁸.

Adelantándonos a una de las conclusiones de este trabajo, es conveniente apuntar que solamente es concebible una teoría de los fines de la pena desde una perspectiva utilitarista y no desde un ideal de justicia.

En otro orden de ideas debemos decir; que una idea de pena en sentido absoluto se comprende mejor cuando se analiza conjuntamente con el tipo de estado que le da vida, ya que las características más significativas del estado absolutista por ejemplo, eran la identidad entre soberano y estado, la unidad entre moral y derecho, entre el estado y la religión, además la metafísica aseveración de que el poder del soberano le había sido otorgado directamente por dios.

La teoría del Derecho divino pertenece a una edad en la que no solamente la religión, sino la teología y la política, se encuentran confundidas entre sí y en la que, *hasta para fines utilitarios; era forzoso encontrar un fundamento religioso si se pretendía tener aceptación*. En la persona del rey se concentraba no sólo el estado, sino todo el poder legal y de justicia, la idea que se tenía entonces de la pena, era la de ser un castigo con el que se expiaba el mal considerado como pecado o ilícito cometido. En cierto modo, bajo el régimen del estado absolutista, se imponía una pena a quien, revelándose contra el soberano, se revelaba asimismo, en sentido más que figurado, contra el mismo dios.

Explica Bustos Ramírez que al estado absolutista se le identifica también como un estado de transición, dentro del estadio de la sociedad de la baja edad media y la sociedad liberal, en este periodo apreciamos un aumento de la

³⁸ ibídem, p. 112.

burguesía y una notable acumulación de capital, obviamente ante el efectivo desarrollo que esta nueva clase social estaba experimentando, cobraría importancia la implementación de medios para proteger los capitales producto de la pujanza de los nuevos capitalistas. Es comprensible entonces que el estado absoluto concentrara en torno a sí mismo y con un uso limitado, el poder necesario para el desarrollo posterior del capitalismo. En este sentido, la pena no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista.

La ejecución de las penas a lo largo de este periodo, como han destacado oportunamente Rusche y Kircheimer citados por Vidaurri Aréchiga Manuel, consistía principalmente en la explicación de la mano de obra mediante el internamiento de los individuos en galeras, casas de trabajo (workhouses), hospitales generales, los cuales se desarrollaron fundamentalmente en Holanda, Inglaterra y Alemania³⁹.

Con la aparición del mercantilismo, el estado absoluto inicia un proceso de descomposición y debilitamiento, esto da paso a una revisión de la hasta entonces establecida concepción de estado, caracterizada por la vinculación existente entre estado y soberano, entre éste y dios, surgiendo así; el estado burgués teniendo como fondo la teoría del contrato social: en el cual, el estado es una expresión soberana del pueblo y con esto aparece la división de poderes.

Bajo esta concepción liberal de estado, la pena ya no puede seguir manteniendo un fundamento basado en la ya disuelta identidad entre dios y soberano, religión y estado; la pena es concebida, como *retribución a la perturbación del orden jurídico*, que se han dado los hombres y consagrado por las leyes, la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido.

³⁹ op. cit; nota 23, p. 6,
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

A la expiación sucede la retribución, la razón divina es reemplazada por la razón de estado, la ley divina por la ley de los hombres.

Al tener el estado como presupuesto político la teoría del contrato social, su actividad en materia jurídico penal, la reduce a evitar la lucha entre los individuos agrupados bajo la idea del consenso social, de este modo; el individuo que contrariaba ese contrato social era calificado como traidor, en la medida en que con su actitud no cumple con el compromiso de conservar la organización social, producto de la libertad natural u originaria, lo que le conduce a no ser considerado más como parte de ese conglomerado social, sino como un rebelde al que se puede retribuir su culpabilidad con una pena.

Mediante la imposición de la pena absoluta no cabe imaginarse ningún otro fin que no sea única y exclusivamente alcanzar la justicia, la pena es un fin de si misma, según los partidarios de esta teoría, con la aplicación de la pena se consigue la realización de la justicia la cual exige, frente al mal causado por un individuo, un castigo que compense tal mal y retribuye al mismo tiempo a su autor. Se castiga quia peccatur est, esto es, porque se ha delinquido, lo que equivale a decir que la pena es simplemente la consecuencia jurídico penal del delito cometido.

Por otro lado, el fundamento ideológico de las teorías absolutas de la pena se asienta en el reconocimiento del estado, como guardián de la justicia terrena y como conjunto de ideas morales en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas coinciden, por tanto; ideas liberales, individualistas e idealistas. En el fondo a este planteamiento retribucionista o absoluto de la pena, lo es subyacente de un trasfondo filosófico más que nada, de orden

ético; que trasciende las fronteras de lo terrenal, para intentar alcanzar algo que es más propio de lo divino, que de lo humano y lo es la justicia ⁴⁰.

Siguiendo a Zaffaroni en sus brillantes reflexiones acotamos lo siguiente: el organicismo, teoría idealista, vino a sustituir al contractualismo el cual se opuso al poder de la nobleza en nombre de los sectores del capitalismo incipiente, pero cuando se consolidó el capital, ya no era necesario que la burguesía al enfrentarse a la nobleza, ahora su principal enemigo estaba representado por la masa miserable, que en el proceso de acumulación de capital habían empobrecido.

Estas clases marginales eran un peligro para el capital, por lo tanto había que idear una forma de disciplinamiento de estas y a la vez justificar los medios para conservar el capital y el poder. Esta función vino a cumplir la teoría del organicismo social, en la creencia de una sociedad en donde hay seres naturalmente superiores privilegiados que deben detentar el poder; así como en el organismo humano, las células cerebrales son menos, pero son las que mandan⁴¹.

Sobra decir que alcanzar tan ambiciosa meta, se buscaba en razonamientos que no tomaban en cuenta el sistema de organización social en que se iban a aplicar. Dentro de los defensores de las tesis absolutas o retribucionistas de la pena se han señalado son dos de los más altos pensadores del idealismo alemán Kant, cuyas ideas acerca del tema que examinamos fueron expresadas en su obra *La metafísica de las costumbres*, y Hegel cuyo ideario jurídico penal se extrae de su *Principios de Filosofía del Derecho* sin embargo; no sólo los filósofos mencionados han mantenido la tesis

⁴⁰ ibídem, p. 8, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

⁴¹ op. cit; nota 37, p. 122.

retribucionista de la pena, también la antigua ética cristiana mantuvo una posición similar.

Como afirmábamos no solamente Kant y Hegel, defendieron una teoría de la pena absoluta o retribucionista, dentro de la doctrina penal internacional se pueden contar algunas otras opiniones en similar sentido, de manera meramente enunciativa me ocupare de algunas de estas concepciones.

En efecto, dentro de los juristas que mantuvieron una posición como la estudiada se encuentran Francesco Carrara, quien en su conocido programa de derecho criminal escribió: *el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad*, premisa que se acerca mucho a lo sostenido por Hegel.

En tal tesitura y para una mejor comprensión del pensamiento de Carrara, conviene tener en cuenta su personal idea del delito y la pena, para quien el delito *ofende materialmente a un individuo, o a una familia o a un número cualquiera de personas y el mal que causa no se repara con la pena*; el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes, ofende a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el sentimiento de la propia seguridad y crea el peligro del mal ejemplo; pues habiéndose perpetrado el delito, el peligro del ofendido deja de existir porque se convierte en un mal efectivo, pero por el contrario el peligro que se cierne sobre la tranquilidad del resto de los ciudadanos, no ha hecho sino comenzar a difundirse entre toda la población de tal suerte que; para evitar nuevas ofensas de parte del delincuente contra los demás ciudadanos, la pena debe ser aplicada, por su parte ésta debe reparar el daño mediante el restablecimiento del orden, que se ve afectado por el desorden que provocó el delito⁴².

⁴² Vidaurri Aréchiga Manuel, *Teorías de la Pena*, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

También en la doctrina penal alemana se dieron importantes ejemplos de lo que venimos comentando como Karl Binding, quien considero a la pena como retribución de un mal con otro mal, confróntese con el autor Binding; quien pensaba que la cuestión radica en confirmar la prevalencia del poder del derecho, para lo que se requiere la reducción de la fuerza del culpable.

De esto último se puede inferir que para esta corriente de pensamiento, se desecha cualquier otro fin de la pena que no sea la expresión de fuerza del estado, en este sentido otro destacado penalista teutón, Edmund Mezger, considera que la pena es *la irrogación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos*; Welzel, por su parte estimó que *la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa esto es, que cada uno sufra lo que sus hechos valen*.

En mi opinión los sujetos apartados del orden social deben pagar con un castigo por sus conductas desviadas, tomando en consideración las circunstancias sociales y la calidad del sujeto antisocial, ya que el delito no debe circunscribirse solamente a parámetros jurídicos, pues la naturaleza misma del delito incluye aspectos multifactoriales escapando esta situación meramente del ámbito jurídico, siendo el caso de la pena retributiva algo similar pues su aplicación se desvincula de todo fin, provocando la disolución voluntaria de una sociedad, ya que su postulado es aplicar la pena al último asesino, sin importar las circunstancias ni el contexto en que se cometen las conductas antisociales.

1.3.2.4. TEORÍA FUNCIONALISTA.

Hablar del funcionalismo podría remontarse desde los sistemas teleológicos inspirados en el neokantismo y abarcando un espectro amplio, en el pensamiento penal de la ilustración hasta Jakobs y su funcionalismo normativista hasta la escuela de Frankfurt.

Pero por ahora nos abocaremos al estudio generalizado de tal corriente funcionalista, la que debemos de entender en un sentido amplio; para ello debemos vincular la teoría funcionalista, con la fuerza del estado y la configuración de sus instituciones, pues debe de prevalecer un sustento en la ley, de lo que se pretende con el elemento central de la concepción funcionalista, esto es; la función que se atribuye a la pena de acuerdo a la concepción de estado.

Así cada uno de los modelos de estado, tiene sustento en la fundamentación del derecho penal y como consecuencia de la política penológica estatal, es como concebimos la función de la pena, las distintas concepciones del derecho penal propias del estado liberal, del estado social y del estado social y democrático de derecho; son las consecuencias de las mencionadas concepciones políticas, en el entendimiento de la función de la pena y que reseñaremos a continuación.

Bajo la vigencia del derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido; la fundamentación del estado y del derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un daño social, las que abordamos ampliamente en apartados anteriores de la presente

investigación; como teorías de prevención especial y general respectivamente.

En un estado democrático la pena ha de evitar que se convierta en un fin en si mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. Así, para el estado democrático, el derecho penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

En un estado democrático no pueden expresarse las garantías propias del estado de derecho esto es, las que giran entorno al principio de legalidad pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos.

El derecho penal de un estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos, en la medida en que ello sea compatible con la paz social.

El modelo de estado social y democrático de derecho, parece arrancar esperanza a nuestro sistema político y a nuestros políticos, que en sus discursos parecen darnos esperanza, de arremeter de forma contundente contra los actos delictivos, que hoy día se nos presentan como nuevos fenómenos delictivos complejos, aunque no hay una respuesta jurídica clara que armonice y le de fuerza a este modelo estatal, por lo que de alguna manera solo podemos pensar, que la pena

ha de desempeñar y solo esta legitimada para cumplir, una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos.

Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético jurídica, de no dejar sin respuesta sin retribución, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

Por lo que hace al movimiento funcionalista y siguiendo al elemento central de la concepción funcionalista de Jakobs, este sostiene que el derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contrato social, por lo que para este autor, la función de la pena no debe de estar, *destinada a cubrir fines preventivos* esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde el fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctica, sino también práctico utilitarista⁴³.

⁴³ op. cit. nota 34, p.23

<http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-lafuncion.htm>

CAPITULO SEGUNDO
FUNCIONES, EFECTOS Y GENERALIDADES
DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS.

2.1. CONSIDERACIONES DE PRECURSORES DE LA PRISIÓN.

En esta parte de la investigación destaco, las distintas corrientes de pensadores, que han existido alrededor de la pena privativa de libertad y a los sistemas penitenciarios que le han dado origen, los cuales forman parte de la evolución que ha tenido esta sanción punitiva; pues de ello depende en buena medida la postura que asumamos, respecto al objetivo que me he propuesto con la presente investigación, el cual consiste en lograr una mejor valoración en la imposición de una sanción penal y en virtud de ello darle el seguimiento adecuado a los fines de la pena que se persigan con la utilización de la sanción privativa de libertad, ya que es muy marcada esta división doctrinaria.

Con este subtema se pretende ampliar nuestro criterio, entorno a las corrientes doctrinarias existentes desde luego relevantes, para explicar la finalidad de la pena desde la óptica, del pensamiento de algunos autores que se desarrollaran en las siguientes líneas y que con sus aportaciones a la ciencia penal, han logrado establecer principios y sentar las bases de una moderna política penitenciaria.

2.1.1. HOWARD.

En el mundo de las ciencia jurídico penal John Howard, tiene un lugar destacado entre los doctrinarios, su vida estuvo marcada por sus ideales apegados a los dogmas religiosos, este autor viajo por toda europa visitando cárceles, dejando testimonio escrito de sus experiencias,

en Inglaterra realizo el proyecto sobre las *penitentiary houses*, que substituyen a las antiguas cárceles y trata de solucionar el problema de la *transportation*, ya que las colonias americanas se negaban a recibir presos.

Dedica todo su esfuerzo a la reforma de las prisiones y publica, en 1777, la primera edición de su obra más reconocida, *State of Prisons in England and Wales*, la cual es una dramática descripción del estado que guardaban las prisiones en Inglaterra y en Gales. La obra escrita de Howard produjo una serie de actas del parlamento Ingles que representan la primera legislación penitenciaria en el mundo; texto del cual comentaremos por su importancia, algunas de sus principales aportaciones respecto a las prisiones de su época.

Para el doctrinario a que nos referimos en el presente apartado, existían intereses de algunos sectores sociales de su época, que impedían el cambio en los centros penitenciarios, ya que los abusos de los que eran objeto algunos internos, constituían empleo dependiente de quienes se oponían a su reforma.

Howard, busco llamar la atención de sus conciudadanos sobre la situación de los prisioneros de su época siendo en su mayoría deudores pobres y otros prisioneros, sabedor de la vida en prisión fue que; en sus textos procuro recomendar que las prisiones fueran limpias, salubres, haciendo énfasis en que debiese de exterminarse la fiebre en las prisiones y cuyo contagio era frecuente incluso se extendió a otros países, conciente de lo difícil que era llevar una vida en prisión, pedía se redujeran las cuotas opresivas del personal, la venta de licores en la prisión, la extorsión de los alguaciles, evitando con ello el habito de la industrialización dentro de la prisión, aminorando el impacto de la inmoralidad y el mal vivir que prevalecía en las prisiones de su tiempo.

El principal interés del autor en análisis, al escribir lo acontecido dentro de las prisiones lo fue; publicar la descripción de algunas prisiones Inglesas, sugerir remedios a los males de los cuales fue testigo cuando estuvo en prisión, y en general dar a conocer, el nivel de vida que llevaban los reclusos, así como dar a conocer los maltratos, vejaciones y excesos que por supuesto el vivió en carne propia, incluso en su tiempo las cárceles vivían infestadas de corrupción, situación muy similar a lo acontecido en el sistema penitenciario de nuestro tiempo.

De las prisiones visitadas por Howard, destaca la de Londres, la cual se encontraba en situación de descomposición, puesto que en su interior; se comenzaban a establecer vicios como lo es el de la corrupción, sin embargo; Howard para mejorar la situación de esta prisión propuso realizarse una adecuada separación de los criminales, de los viejos, de los jóvenes, de los procesados, de los sentenciados, incluso pidió se brindara atención adecuada para los prisioneros enfermos o moribundos y va mas allá, solicitando a magistrados que intervinieran, en el gobierno de los prisioneros; ya que mediante sus ordenes y reglamentos pretendía que se encargaran de la actividad dentro de la cárcel, debido a que la corrupción existía entre prisioneros y celadores.

El autor en comento, señala que los males de la prisión, no pueden ser abatidos hasta que no se corten de raíz estos males, de los cuales señala el vicio de la embriaguez como el más arraigado, así mismo; propone una serie de modificaciones y señala que en los centros de reclusión se deben de prohibir la introducción de cualquier clase de líquidos, excepto de leche, suero de leche o agua; propone mejorar la alimentación de los presos aumentando carne y verdura a su dieta diaria, manifiesta su interés para que se legisle en el sentido de controlar y gobernar

la actividad en el interior de las cárceles, con el objeto de prevenir motines, y evitar se privilegie la corrupción al interior de los centros carcelarios, en general mejorar el nivel de vida de los prisioneros en encierro, para que esto se vea reflejado en las leyes, hechas para la mejor regulación de los centros penitenciarios.

La trascendencia de las ideas de Howard, llegó hasta el parlamento a quienes les solicitaba legislar sobre la justicia de paz, sobre artículos y contenidos de los mismos, que tuvieran relación con este tipo de justicia, con el fin de beneficiar a prisioneros condenados a penas cortas, asimismo que se encargaran de vigilar y normar la vida de los prisioneros dentro de los penales, mediante el conocimiento de los prisioneros durante el tiempo de su reclusión, pensaba que lo menos que una prisión debía contener eran habitaciones especiales para los enfermos, con suficientes sábanas y mantas, la ropa necesaria para el uso de los prisioneros, así como fuego suficiente para calentar tanto la estancia de día, como sus cuartos.

Las aportaciones más sobresalientes de este autor, para la ciencia jurídica, aparte de las modificaciones propuestas por él acerca del sistema penitenciario, es el manejo de la individualización de la pena, ya que él habla de una separación de criminales y maneja la posibilidad de establecer en la legislación derechos elementales de los encarcelados, pues al sufrir en vida propia los castigos de la cárcel, lo único que trató de llevar a cabo fue luchar por difundir, los excesos de la cárcel de aquellos tiempos y sugerir modificaciones a las legislaciones y formas de aplicarlas en el ámbito penitenciario de su época¹.

¹ Rodríguez Manzanera Luís, *Clásicos de la Criminología*, 2ª. ed; México, INACIPE, 2004. p.90.

2.1.2. BECCARIA.

Al presente trabajo de investigación, he querido dar un enfoque, histórico y otro doctrinario, a efecto de retomar las aportaciones más importantes de pensadores que por su vida y obra son relevantes para la ciencia penal; por lo que analizare a un gran autor italiano, con inquietudes intelectuales fundamentales para el desarrollo del sistema penal actual.

Cesar Beccaria preocupado por los problemas sociales, económicos y políticos de su época, maneja en su obra “Dei delitti e delle pene”, adelantados y revolucionados conceptos, dentro de sus postulados propone abolir la tortura, como elemento del juicio y pugna por que esta sea suprimida de las legislaciones, inquietud que le surge cuando visita una prisión y observa los maltratos y la crueldad con que eran tratados, quienes pagaban su condena con cárcel.

El conocido como Márquez de Beccaria, al cuestionarse si los hombres aprisionados pueden defenderse de los abusos en la cárcel, establece un postulado muy parecido al actual principio garantista que reza; ser oído y vencido en juicio, respondiéndose que un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la publica protección, sino cuando esta decidió que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida, utiliza un razonamiento cierto y aplicable como derecho fundamental, inherente al ser humano en todo estado democrático de derecho, visto en nuestros tiempos como el principio de inocencia al preguntarse lo siguiente: ¿que derecho sino el de la fuerza, será el que de potestad al juez para imponerle pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?; al respecto comentare que este dilema no es nada nuevo, puesto que el delito es cierto o incierto, si es cierto no conviene otra pena que la establecida por las leyes, siendo inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo y si es incierto, no se debe atormentar a un inocente para culparle de alguna conducta

ilícita según las leyes, además a un hombre siempre se le deberán probar sus delitos.

Para Beccaria, el fin político de las penas es el terror impuesto sobre los hombres para que no delincan, lo que hace trascendente la imposición de las penas y cuestiona el actuar del aparato estatal respecto a la imposición de la pena a los reos condenados, ya que la tortura fue el castigo propicio para que inocentes se confesaran reos por los dolores sufridos de la tortura.

Al referir lo cruento que es la tortura en sus tiempos y pronunciarse en contra de la aplicación de esta, consideró que las leyes deberían de suavizar los castigos, propone métodos como lo es el de la separación que deben de sufrir los criminales, condenados incluso al destierro, pues de esa forma la nación se protegería del peligro de nuevas ofensas, mientras tanto la pena del reo obtiene un fin último, separando de la sociedad, por medio del terror, a los otros hombres de la comisión de delitos; apuesta a la prevención de los delitos evitando a como de lugar castigarlos, señala que la prevención es el fin de toda buena legislación y que esta a su vez es el arte de conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida.

Beccaria, tiene pensamientos de avanzada para su época, de los que destacan los medios que el propone para abatir el delito, dentro de los cuales destaca la realización de leyes simplísimas y constantes, ya que no pueden impedirse por las leyes humanas las turbaciones y el desorden, considera las leyes como privilegios de algunos.

Este autor señala que el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos, es la educación, para quien tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno para permitir que sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios, por lo que hace a las

penas deben considerarse suaves con un método para juzgar arreglado a los tiempos, ya que para quienes viven en el desorden respecto del sistema criminal no parece ser muy claro, pide extender los perdones y las gracias que son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes, y de la atrocidad de las sentencias.

Beccaria señala que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes, que debe resplandecer en el Código penal, no en los juicios particulares, que es imprescindible para los hombres la posibilidad de perdonar los delitos y que la pena no sea necesaria consecuencia suya, pues lo contrario es fomentar el halago de la impunidad, en esta últimas líneas vemos como el autor estudiado en el presente apartado, diferencia la marcada división de poderes que el estado esta obligado a respetar, tratándose de la aplicación de la pena, de donde la gravedad de las penas debe ser acorde al estado y a la nación misma².

De cuanto hasta aquí se ha comentado respecto de palabras escritas por el autor analizado; me parece importante destacar que la violencia estatal siempre ha existido, lo cual observamos en líneas de este doctrinario de mediados del siglo XVIII, la cual en mi opinión no debe rebasar los mandatos legales, por que del marco normativo siempre se desprende el tipo de estado que nos gobierna, situación que se puede apreciar con Beccaria al señalar; que la violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes y lo contrario atenta contra la ciudadanía por ende afecta al estado mismo.

² ibídem, p.106.

2.1.3. BENTHAM.

Este autor inglés es trascendental para la ciencia penal, fue filósofo, economista y jurista, fundador del utilitarismo, que es la columna vertebral de *panóptico*, uno de sus textos más reconocidos junto con *su tratado de las penas y las recompensas*, donde encontramos, la introducción a los principios morales de la legislación, destacando en este trabajo ideas principales de este doctrinario y parte de sus aportaciones, más importantes a la ciencia penitenciaria contemporánea.

La aportación de este autor a la ciencia penitenciaria se encuentra basada en su idea de crear un sistema para construir casas de inspección y en particular, casas de reclusión y trabajo forzado, establecimiento propuesto para guardar los presos con mas seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer su subsistencia después de su liberación.

Jeremías Bentham, propone la educación de un hombre en prisión, como un medio que hiciese en ellos la impresión de producir algo, de asegurarse de sus acciones, de sus relaciones, y de todas las circunstancias de su vida, un instrumento muy enérgico y muy útil, que los gobiernos podrían aplicar, en general la vida y obra de este autor; tuvo por objeto Introducir una reforma completa en las prisiones, asegurarse de la buena conducta y de la enmienda de los presos; fijar la salubridad, la limpieza, el orden y la industria en estas mansiones infestadas de corrupción física y moral.

Establece su propio concepto de prisión, como una mansión en que se priva á ciertos individuos de la libertad de que han abusado, con el fin de prevenir nuevos delitos, y contener a los otros con el temor del ejemplo, lugar donde se debe tratar de transformar la costumbres de las personas reclusas, para que cuando vuelvan á la libertad no sea esto una desgracia para la sociedad ni para ellas mismas, con lo que sienta las bases para aplicar en

reclusión la prevención general y establece como sinónimo de penitenciaria el de panóptico siendo este; la facultad de ver con una mirada todo cuanto se hace en ella, como si se tratase de un ojo que lo ve todo³.

En síntesis en esta forma de aprisionamiento, los presos están distribuidos en gran número de cuartos, sin embargo; en el panóptico no es necesario abrir los cuartos que están siempre patentes a la vista, de una torre central desde donde los celadores vigilan todo, el panóptico fue pensado para facilitar el desempeño de la obligación de los inspectores, siendo una cárcel idealista y futurista, pues; este modelo de cárcel fue pensado para resolver los problemas de las cárceles de la época en que vivió nuestro autor, generando con ello gran expectación en torno a los sistemas penitenciarios hasta entonces conocidos.

Otra aportación de Bentham, fue su propuesta para castigar las conductas delictivas las cuales divide de la siguiente forma:

- a) Física o natural, la cual es el resultado del curso natural de las cosas, sin la intervención del hombre.
- b) Moral o social, que resulta de la reacción espontánea, del medio social que rodea al sujeto.
- c) Política o legal, procedente de la intervención de los Magistrados.
- d) Religiosa que viene de las amenazas de la religión⁴.

De esta división se aprecia la visión multidisciplinaria que preveía Bentham, para el castigo del delito, siendo su principal aportación el hecho de incluir a la sociedad en general en esta división, para lograr una mejor reconstrucción del tejido social, con la idea de establecer la prevención general como bastión de esta reconstrucción, por otro lado en prisión opta por la

³ op. cit; nota 1, p.124.

⁴ Rosas Romero Sergio, *Criminología*, UNAM, 2000, P.35.

aplicación de la prevención especial, como un medio de restablecimiento del orden dentro de la prisión, puesto que al separar los reos el avance se torna progresivo y constante, siendo todo controlado por los dirigentes de la cárcel, lo cual desde mi punto de vista deja abierta la posibilidad a que la cárcel sea hostil y se genere impunidad, respecto a las actividades ilícitas que se propicien dentro de la prisión, puesto que todo lo acontecido en su interior no sale de ahí.

2.1.4. MONTESINOS

La figura del coronel Manuel Montesinos Molina es importante en la ciencia penal, por el vuelco humanista que dio a la actividad penitenciaria asimismo, por su aportación a favor de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, fue nombrado comandante del presidio de San Agustín, de Valencia, prisión donde se crea fama y su labor dentro de ella, sintetiza el sistema adoptado por el coronel Manuel Montesinos Molina, incluso pone de manifiesto su postulado más reconocido por criminólogos de su época, *La Penitenciaría solo recibe al hombre, quedándose el delito en la puerta.*

El sistema de Montesinos denominado por los doctrinarios de los hierros, del trabajo y de libertad intermedia, encuentra una aceptación generalizada, entre quienes tenían relación con las cárceles de su tiempo, por los resultados sorprendentes que obtuvo de su técnica para tratar a los presos; fue férreo opositor de la aplicación del sistema celular en la prisión, pues considera que la celda o incomunicación del preso, solo satisface una de las condiciones de la pena, sin que ello cause una mortificación directa al penado y afirma que el aislamiento no

es el objeto principal de ella, la finalidad de la pena según este doctrinario es lograr que el recluso se vuelva más sensible, ya que todo lo que tienda a destruir o a entorpecer su sensibilidad impedirá su mejoramiento.

El primer período de su sistema llamado de los hierros, tiene la peculiaridad de que; quienes eran prisioneros tenían que estar encadenados, hasta en tanto no se decidiera su situación jurídica, el segundo periodo, denominado del trabajo, consistía en poner a trabajar en forma de terapia ocupacional, a los reos durante su internamiento en la penitenciaría y el periodo de libertad intermedia, caracterizado por imponer en semilibertad a los penados que habían cumplido regularmente sus ciclos, pasaban el día en la ciudad en diversos menesteres, regresando al penal de noche. Siendo esto último lo más característico lo más original y lo que viene a ser el régimen atenuado de disciplina.

La trascendencia de el autor estudiado en este apartado para la ciencia penitenciaria, fue el hecho de ejecutar la pena humanitariamente, esto es la aplicación de los castigos de una forma más humana, ya que Montesinos depositaba su confianza en los reclusos y jamás fue burlada, de ello existen demasiados ejemplos de los cuales aquí, comentaremos sólo dos de ellos:

a) Cierta vez permitió a un penado vestido de paisano que se trasladase a su domicilio a visitar a su madre moribunda, Insistió en que vistiese esa ropa para que la mujer creyese que su hijo había pagado las cuentas con la justicia, observamos en este ejemplo, la calidad humana del coronel Montesinos, para quien la cárcel no debería alejar a los penados de sus familias, quienes contribuirían a lograr el

mejoramiento de su conducta y considero el encierro como un medio para obtener de los penados un actuar positivo bajo un régimen casi militar.

b) También se conoce el caso en el que Ramón de Campoamor; gobernador de Valencia, ante el fracaso de perseguir y aniquilar una terrible cuadrilla de bandidos, perturbadora de la tranquilidad pública en aquella región, tuvo una idea y llamo a Montesinos para consultarle al respecto, solicitándole al coronel le permitiese salir a un salteador que quisiera enmendar sus malas acciones, dedicarse al frente de una partida, a combatir a los suyos. Sin dudarlo Montesinos quien fundaba la virtud de su sistema en el conocimiento de los hombres, le contesto que si dándole garantías al gobernador de que podía poner su confianza en el hombre que le enviase.

Un penado acepto el encargo, salió de campana y exterminó a los bandoleros volviendo a presentarse en el presidio como si no hubiera hecho otra cosa que cumplir una orden del régimen interior. Montesinos le había mandado que se presentara al gobernador civil, que recibiera sus instrucciones, que cumpliera lo que le ordenaba y que después se entregara en el presidio. La voluntad del coronel lo mismo en presencia que en ausencia actuó efectivamente, como si se tratara de un oficial, de un caballero, que por disciplina y honor, respondiese con escrupulosidad a la obediencia debida⁵.

La vida y obra de nuestro autor en estudio, general Manuel Montesinos Molina, se destacó como hombre de armas y su actuación al frente del presidio de Valencia, es muy poco o mal conocida fuera de

⁵ Rico Estasen José, *El Coronel Montesinos*, Valencia España, Artes Gráficas, 1958, p.38

España, su principal aportación a la ciencia penitenciaria lo es, el lograra establecer en prisión un fin utilitarista de la pena bajo un régimen casi militar, logrando con ello un orden muy pocas veces visto dentro de una cárcel.

2.1.5. RAFAEL SALILLAS Y PANZANO.

Este autor médico y criminólogo español, fundador de la escuela de Criminología y director de la prisión celular de Madrid, destaco dentro de la Ciencia Criminológica por su teoría nutritiva de la delincuencia, la que partiendo del concepto de pobreza, explica la delincuencia desde consideraciones fisiológicas de la nutrición y la influencia del medio, a través de los alimentos, en la población humana todo ello con conceptos demográficos.

La idea de Salillas era que la escuela de Criminología, impartiera formación a cuantas personas participasen en la administración de justicia penal (jueces, penitenciaristas, policías, etc.) con un doble fin:

a.- Destruir el viejo régimen de Justicia penal, cruel y sórdido.

b.- Por otro lado, en relación con lo propuesto en el inciso anterior, pide infundir en los nuevos empleados de las cárceles, la convicción de que el delincuente sólo debe ser tratado con métodos correccionales y humanitarios.

La Escuela de Criminología dirigida por nuestro autor en estudio, tenía entre otros, los siguientes fines generales:

- La enseñanza y educación del personal de la sección directiva del cuerpo de prisiones.
- La ampliación y/o complemento de la enseñanza de otras facultades y carreras en que se considerase necesaria la especialización de los conocimientos criminológicos.

La escuela de este Criminalista impartía conocimientos sobre tratamiento penitenciario, siendo el *principal objetivo de la escuela aprender a conocer y tratar al hombre delincuente*, como profesor impartía las cátedras siguientes:

a.- Antropología general: Para el conocimiento del hombre orgánico y del tipo de raza; para reconocer al hombre delincuente, judicial y antropológicamente, hasta llegar a distinguir las variedades humanas normales de las anormales.

b.- Antropología criminal: Se ocupaba del estudio del delincuente en relación con la Antropología general y con el Derecho penal, con materias tales como: orígenes del delito, embriología del delito, equivalente del delito en las plantas, en los animales, en los salvajes.

c.- Psicología: Para el conocimiento y reconocimiento mental con la finalidad de permitir apreciar los trastornos y anormalidades para, posteriormente, plantear el posible remedio de los defectos. El citado autor en sus asignaturas solía completar sus cursos con las siguientes prácticas:

- Mediciones sensoriales y otras.
- Organización mental y trastornos.

d.- Pedagogía: Incorporada a las disciplinas penales es una consecuencia natural de las demás, es la amaestradora en las maneras de tratar al hombre, con un procedimiento corrector, rectificando los desvíos tendenciosos.

e.- Sociología criminal: donde acostumbraba seguir los postulados de Lacassagne reduciéndolos a términos criminológicos, y expone nuestro autor en consulta, que Rafael Salillas comentaba al respecto que; *el delincuente es el microbio, la sociedad el caldo de cultivo y en cada delito hay una parte de responsabilidad social*. Para el conocimiento de los influjos y el tratamiento, atendiendo a la remoción de las causas.

f.- Ciencia Penitenciaria: Con una parte correspondiente al régimen general y otra especificada en las particularidades de ese régimen; como parte adjunta, lo concerniente a la Administración Penitenciaria⁶.

La vida y obra de Rafael Salillas, esta circunscrita al mundo académico este ilustre profesor español, quien dedico su vida a difundir su escuela, aunque siempre con el firme propósito de reorganizar el cuerpo auxiliar de prisiones, dejó incluso una serie de precursores, destacados Criminólogos encabezada por Constancio Bernardo de Quiroz y *La Escuela de Criminología* de Luis Jiménez de Asúa.

2.2. FUNCIÓN DE CONTENCIÓN DEL DELITO.

En este apartado es importante destacar, que a través de las diversas épocas donde han tenido aplicación medios de control punitivos, para lograr relaciones humanas aceptables y armónicas para la convivencia humana, se han tomado medidas jurídico-políticas, para controlar o contener conductas antisociales o delictivas y que en este sentido un sistema penal, funciona para lograr una estabilidad social que en la medida de lo posible facilite la vida del poder público estatal a través de sus diversas instituciones.

Al respecto señala Von Liszt, que; la pena es coacción y coerción, que se dirige contra la voluntad del delincuente, afectando, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos, de aquellos sujetos que han infringido la norma y en los que su voluntad queda controlada por medio de la coerción de la pena, encontrando con estas restricciones un equilibrio normativo; que represente el correcto funcionamiento de todo sistema penal impuesto por el aparato estatal.

⁶ Fernández Rodríguez María Dolores, *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, España, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p. 233.

Así tenemos que para este autor, la contención del delito a través de la pena por medio de la coerción puede ser de doble naturaleza:

a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivacional, en ella la pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan para contribuir a la organización social, los adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Esta multiplica ó fortalece los motivos existentes en la estructura social y opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad.

A su vez existen dos vertientes de esta forma de coerción, una es la corrección es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales; siendo la segunda vertiente la intimidación es decir, la implantación y fortalecimiento de motivos egoístas pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas.

b) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. Considera la pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inepto. La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra de ella, el estado lo envía a la cárcel.

Podemos ver en este autor que para el; la forma de contener el delito a través de la pena lo es mediante la corrección, la intimidación y la neutralización, estos son pues los inmediatos efectos de la pena los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales se protegen los bienes jurídicos, destacando de lo transcrito por el, lo que significa la amenaza de la pena advirtiendo y disuadiendo, comenta: *la pena refuerza los motivos que alejan de la delincuencia*. No se trata pues, de imperativos estatales sino de penas estatales, la amenaza penal solo es un imperativo agudizado contra los sujetos que nuestro autor en estudio ha denominado (corregibles, incorregibles y delincuentes habituales).

En opinión de Von Liszt; el valor de un concreto sistema de penas y sistema penitenciario, como medio para contener el delito; depende de la seguridad y de la elasticidad, con los cuales se logre cada uno de los tres objetivos de la pena (corregir, intimidar y neutralizar) y lo mismo rige respecto de las penas singulares⁷.

En comentario personal y siguiendo similares ideas del referido autor debemos de analizar; que otra forma de contener el delito es también, la protección en las normas penales, de los bienes jurídicos que se transgreden por aquellos sujetos que no respetan la norma, lesionando con ello los intereses de la sociedad. En este sentido el citado autor señala que; *el delito debe de ser analizado como fenómeno social y la pena como una medida de función social*, propiciando que el sistema penitenciario tenga una relevancia de contención del delito en la sociedad, el cual se justifica con la objetivación de la pena privativa de libertad, esto es concretizar conductas de hecho en la legislación, valiéndose de la voluntad del delincuente.

Actualmente el aparato estatal, ha encontrado en la prisión una de la formas más dramáticas de la reacción penal para contener el delito y reprimir coaccionando, mediante la privación de la libertad a quienes delinquen y ejemplarizar con el castigo a sujetos proclives a delinquir, por lo que es necesario explicar sus funciones. Las funciones de la prisión variarán según sea considerada como punibilidad, como punición o como pena.

Desde mi particular punto de vista la contención del delito es pues, la actividad estatal que se encamina a salvaguardar los intereses de la sociedad, los que se encuentran tutelados jurídicamente en las diversas legislaciones normativas y protegidos materialmente; disuadiendo a través de los sistemas penitenciarios, por medio de los centros de reclusión, a todos aquellos sujetos que transgreden el orden normativo estatal.

⁷ Von Litz <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

2.2.1. REACCIÓN SOCIAL ANTE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS.

Por cuestiones metodológicas en este trabajo considere el surgimiento de la pena privativa de libertad (dentro del Capítulo I) y su configuración en institución jurídica central del derecho penal, para lo cual fue necesario proyectarse desde una perspectiva socio histórica y económica, porque nuestro objetivo es destacar el surgimiento de la pena en el momento histórico; pues nuestro interés lo es, conocer el como y porque se castiga (esto es, la finalidad de la pena) destacando su institucionalización jurídica.

La justificación que la sociedad tiene, ante la presencia de las conductas delictivas de salvaguardar los intereses de la mayoría, es el génesis de la instintiva reacción que los diferentes grupos humanos, han tenido contra de aquellos sujetos que infringen el orden social. En este sentido la reacción social cumple una clara función, que es lograra cohesionar al grupo, esto es debido al instinto de conservación. Así todos los integrantes de un grupo se comportan de manera diferente, si cada quien tuviera sus propias normas, si no hubiera fines y medios comunes el grupo no sería tal, simplemente no existiría; los seres humanos realizamos ciertas reglas, atemperadas por la educación y la cultura.

Por tal motivo la lucha contra la delincuencia habitual, presupone de un conocimiento exacto de ella, por parte de la sociedad en general; puesto que se trata del más importante y peligroso mal social que le aqueja, dentro de toda la cadena de síntomas de enfermedades sociales y que en más de las veces se ha relacionado, a las clases menos favorecidas económicamente con estas conductas, se provoca un estigma social que lacera a la sociedad en general.

La reacción social ante las conductas delictivas esta basada en buena medida en la conciencia de clase, que no es otra cosa que la identificación, con cierto grupo social al que se pertenece, siendo la desigualdad económica, la que propicia el estigma de que las clase social menos favorecida, es la más vulnerable para cometer las conductas ilícitas, desde esta óptica señala Von Liszt; que el derecho penal, ha servido desde sus orígenes; como el medio por el cual la clase social en el poder, protege sus intereses imponiendo la fuerza estatal, para tal fin; amenazando por medio de la coacción jurídico penal, a aquella clase social menos favorecida económicamente⁸.

De esta forma considero que la reacción social tiene diversas vertientes, aparejadas todas del tipo de desviación que algunos sujetos realizan, entorno a ciertas normas, sean sociales, religiosas, políticas o jurídicas, sin embargo; una característica de la reacción social, lo es la unificación de la reacción por parte del grupo que impuso la norma, contra el infractor o desviado, justificando así, la existencia de los cuerpos policiales y de seguridad estatal, que fueron pensados para la protección de intereses del grupo social en el poder.

La desviación son todas aquellas conductas, que se apartan de las reglas impuestas por la organización social esto es; las normas que la sociedad fija para tener una sana convivencia entre sus miembros y que quienes se apartan de dichas normas con la conducta que estos despliegan, no son considerados como miembros normales, si no más bien antisociales ó desviados en su conducta, los cuales representan un daño a la sociedad y son apartados del grupo, considerando antisociales a quienes transgreden esas normas.

⁸ ibídem.

Tomando en cuenta que la reacción social es consecuencia directa de la desviación, que afecta a muy diversos intereses y valores, esta reacción puede presentarse en diversas formas, de acuerdo a los intereses de los distintos grupos de la sociedad, siendo formas de reacción social las siguientes:

1) En primer lugar existe la reacción social meramente comunitaria; aquí la colectividad reacciona contra el sujeto o las conductas que considera diferentes, raras, desviadas, peligrosas o dañosas. La reacción puede ser variable, suele ir desde la burla y el repudio social, hasta la agresión que quizá en ocasiones tome formas tan violentas como el linchamiento.

2) La segunda de las formas de reacción es la religiosa, que se produce contra todo aquello que no pertenece a su credo, reacción considerada como una de las más radicales, aquí ya no importa si se actúa en oposición de toda religión ya no digamos contraria, sino simplemente diferente.

3) Existe una tercera forma de reacción social y esta se presenta dentro de los grupos políticos, cuando se presenta la lucha por el poder, se establece muy comúnmente como abuso del poder, y se ejerce contra individuos o grupos que se oponen a la autoridad del gobierno.

4) Existe un tipo de reacción Ideológica; que sigue patrones muy similares a la reacción religiosa, y en ocasiones a los de la reacción política⁹.

De las principales reacciones sociales, la más grave reacción social, es la reacción Jurídica, siendo aquella que representan los órganos del estado a través de la imposición de leyes, que se

⁹ Rodríguez Manzanera Luis, *Penología*, México, Porrúa, 1998, p.49.

despliegan hoy día con la intervención de jueces, fiscales, defensores, policías, peritos, carceleros; así como, los cuerpos policíacos para combatir el delito, reacciones sociales institucionalizadas que enfrentan las conductas desviadas.

Es importante señalar que las reacciones sociales, deben ser tomadas en cuenta como política social, la cual sustenta sus bases en la participación ciudadana y la interacción de esta; con las autoridades estatales que coadyuven con la prevención del delito, más aun debe prevalecer la participación en todo momento de las víctimas que tienen un interés de que les sea resarcido el daño causado, del cual se vieron afectados lesionando su interés jurídico, que en el fondo es este interés transformado a través, del procedimiento legislativo por el órgano democráticamente legitimado, que se objetiviza en las leyes y sus reglamentos, que finalmente son el mejor elemento preventivo del delito.

2.2.2. REACCIÓN JURÍDICO PENAL

Dentro de las múltiples formas de reacción social existentes; encontramos, la reacción social jurídicamente organizada, y dentro de ella la más grave es la que esta estructurada en forma penal, a la que llamaremos reacción jurídico penal. La reacción jurídico penal ha sido tratada indiferenciadamente, como un todo, sin apreciar que tiene varios componentes y diversas etapas.

La reacción jurídico penal, es la más organizada y drástica, por todo el aparato de poder que la respalda, y sus sanciones son

fuertemente perjudiciales para el desviado, conceptualizando la reacción jurídico penal, como aquella reacción comunitaria reglamentada por los gobernantes para evitar el caos social.

La ley es el sentir y querer sociales, con la intervención del estado deberá ser siempre portavoz del sentir del pueblo, en el proceso de formación de la ley, ya que del aporte de la opinión pública y el concepto de justicia que se tenga en la sociedad jurídicamente organizada, dependerá la transformación de una comunidad, con el fin de eliminar la desviación, la etiquetación, estigmatización y abuso del poder, que en más de las veces propicia que la reacción jurídica cree un ambiente de incertidumbre e inseguridad jurídica, entre los gobernados y a su vez hacia sus instituciones.

Por lo que respecta a la reacción jurídico penal vemos que cuenta, con un impresionante aparato de coerción y represión, muy superior a las otras reacciones jurídicas, lo que convierte a la reacción penal, en la más dura, más violenta y mejor organizada reacción social, la reacción jurídica tiende a diversificarse, teniendo así, que existe un derecho público y un derecho privado, un derecho social y uno internacional. Las ramas como del derecho de menores, derecho laboral o derecho agrario nos indican formas de reacción en estos campos, y la especialización se va haciendo más abundante conforme la sociedad evoluciona, y de acuerdo a la complejidad social y variedad de grupos sociales, lo que implica una mayor cantidad de formas de reacción que es necesario reglamentar y estudiar, pero sin duda lo que hace diferente a la reacción penal de otras formas de reacción social, es que esta compuesta por cuerpos de policía, jueces jurados, fiscales, ministerios públicos, carceleros, celadores, verdugos a los que se agregan

abogados defensores, testigos, peritos, todos bajo una base normativa de leyes penales, con la única finalidad de aplicar la represión de la reacción penal.

Aquí, es importante anotar, que la reacción jurídico penal ha tenido su propia evolución, cambiando sus formas de aplicación, como ya lo señalábamos, de acuerdo al tipo de sociedad y época de que se trate, esquemáticamente Rodríguez Manzanera Luis, ha dividido en cinco etapas la evolución de la reacción jurídico penal y son las siguientes:

a) La primera, considerada por este autor como reacción penal de la simple venganza.

b) La segunda fase, la reacción penal cobra un sentido meramente religioso, teniendo el poder de castigar los sacerdotes.

c) Una tercera etapa, aplica la reacción penal con un sentido ético, la pena tiene un sentido de castigo y de moralización del delincuente.

d) La cuarta etapa denominada por ferri, citado por Luís Rodríguez Manzanera; fase ético jurídica, interviene el mundo ético pero también el jurídico.

e) La quinta etapa, denominada fase social de la pena, donde el sujeto desviado es considerado más que como delincuente, como un enfermo social¹⁰.

Por lo aquí expuesto debemos ahondar, sobre los tres momentos más importantes de la reacción penal, debiendo buscar que este tipo de reacción social, se unifique para hacer frente al delito, mediante soluciones no penales de los problemas sociales, teniendo obvias repercusiones en el proceso penal y el tratamiento penitenciario.

¹⁰ ibídem, p.55

2.2.2.1. PUNIBILIDAD.

Dentro de las formas de reacción jurídica penal, encontramos la Punibilidad, la Punción y la Pena, las que explico por separado en apartados distintos, pues lo importante para nuestro estudio es destacar y resaltar en que consiste cada una de ellas, por lo que comencare explicando la punibilidad.

El concepto que el diccionario jurídico Omeba maneja de la punibilidad, es el siguiente: *Situación en que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo*¹¹.

La punibilidad es el resultado de la actividad legislativa, independientemente de quien o quienes estén encargados de legislar en cada estado, país o región, la punibilidad; consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal. La punibilidad es, por lo tanto, la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal.

En este sentido la punibilidad es la 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 este.

La actividad legislativa, y por lo tanto la punibilidad, se ven legalizadas, siempre y cuando se hayan seguido los procedimientos que impone la norma correspondiente (por lo general la norma constitucional). La legitimación existe, por el deber de tutela de los

¹¹ *Diccionario Jurídico Omeba*, Argentina, Editorial Bibliográfica Omeba, 1964, Tomo XXIII, PRES-RAZO. p.931.

intereses sociales que el gobierno tiene frente a la comunidad. Pero además, solamente es legítima la punibilidad, si en el mundo fáctico se presenta una efectiva amenaza o un real daño a los bienes, si de hecho se presentan las conductas antisociales, y no hay más remedio que recurrir a la amenaza.

Para la existencia de la punibilidad deben haberse agotado todos los demás medios preventivos jurídicos y no jurídicos, de lo contrario carecerá de legitimidad. En cuanto a la finalidad de la punibilidad, no puede ser otra que la prevención general, ya que la prevención general consiste en el evitar determinadas conductas antisociales gracias a la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma penal.

Así las cosas; al hablar de punibilidad, también habremos de referir los proyectos de política legislativa, que dan origen propiamente al modelo político criminal aplicable en cualquier estado democrático y de derecho, el cual debe tener sustento en la creación de proyectos de política legislativa y que se encuentran bien definidos, los cuales señalo a continuación:

a) En primer lugar; me referiré a la Situación Previa a la Política Legislativa, es decir; será el marco contextual del que finalmente surja la iniciativa de la legislación, esto es el origen y campo de trabajo que deberá ser tomado en cuenta, al idear una estrategia adecuada encaminada a resolver algún problema en particular, existen además circunstancias que conforman la problemática legislativa tales como:

- La vulneración de intereses, esto es; que ciertos grupos, consideren una afectación a su libertad, con la creación de nuevas legislaciones.

- El constante y preocupante aumento de la criminalidad, provocado por factores económicos, culturales, sociales.

- El desprestigio así como pérdida de credibilidad en las instituciones legales, derivado de la falta de atención a las mismas y desgaste de las instituciones a favor de intereses poco lícitos (corrupción).

- Situación de conflicto social en lugares determinados, derivados de la falta de reconocimiento a los derechos humanos así como; la deshonestidad de ciertos funcionarios públicos.

Aquí, es necesario decir que algunos síntomas que propician el conflicto en la sociedad, son: la pobreza, la marginación de ciertos sectores de la sociedad, la insalubridad de grupos más desprotegidos, la falta de educación, de infraestructura y cultura democrática, falta de justicia y grandes desigualdades sociales lo que propicia en su mayoría los disturbios sociales.

b) La política Legislativa, otro influyente en la creación de proyectos legislativos, y que referiré como; “la actividad en la que convergen diversas disciplinas, cuyos propósitos son el conocimiento y análisis de todas las variables relevantes de los problemas sociales, sus relaciones significativas y la definición de cuales serían las soluciones más apropiadas a los problemas planteados, en tanto se pretende la creación, modificación o derogación de leyes, así como analizar evaluar y criticar las leyes establecidas o los proyectos que se pretenden aprobar y en su caso proponer las mejoras pertinentes a los proyectos legislativos procurando con ello cooperar en la mejor y mas eficaz metodología para la toma de decisiones legislativas.

c) La elaboración de normas considerando su relación con otras normas; aquí, cobra importancia, el manejo de una buena técnica y metodología legislativa, que se utilice, para la redacción de los textos legales, pues debe

de respetarse el principio de coherencia y de jerarquía de la norma, el cual exige que no haya conflictos con normas del mismo sistema jurídico, ni con los preceptos Constitucionales, ni con las otras leyes de igual jerarquía, ni entre los propios preceptos de la ley en estudio.

d) Por último me referiré, a la Función social de las normas jurídicas; que señalare de acuerdo a los distintos criterios de análisis:

- Adecuación a las condiciones sociales y al grado de libertad política; aquí se desprende una relación idónea entre la legislación establecida y los requerimientos de una realidad social determinada, pues de hecho no todas las sociedades son iguales, pues dependen en mucho de su nivel cultural, de formación de sus ciudadanos; así como de los factores políticos en cada uno de ellos, variables que sin duda deben de ser consideradas.

- Precisión y sencillez de las normas jurídicas; este criterio se refiere a facilitar la comprensión de las normas jurídicas para que se cumpla la función de guiar la vida en sociedad, se relaciona con los problemas semánticos y sintácticos.

- Necesidad y Utilidad, aquí, es importante resaltar la importancia de estos criterios, ya que permiten darnos cuenta de cuales leyes, con relación a las actuales condiciones sociales y políticas de nuestro país son útiles o no.

- No inclusión de facultades discrecionales e irracionales; aquí, el peligro de otorgar un número amplio de facultades discrecionales en una situación de conflicto social, es la actitud de considerar que existen límites para su ejercicio, en tanto formalmente se admite la posibilidad de actuar o no actuar en determinadas circunstancias¹².

¹² Pérez Carrillo Agustín, "Análisis de Política Legislativa del proyecto de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada", *revista Alegatos*, México, No. 33, Mayo/Agosto de 1996, p.26

Como podemos ver, en los párrafos que anteceden, la elaboración de las normas legales y en particular las normas legales relacionadas con la materia penal, si lo queremos ver así (punibilidad); deben de cumplir con estos puntos ya referidos como mínimo, sin embargo como lo señalan algunos penalistas destacados, actualmente existe una tendencia de nuestros legisladores hacia el cambio incontrolado, que obedece a muchos otros factores, ya que algunas reformas penales han sido cocinadas al vapor, lo que ha propiciado múltiples comentarios y opiniones encontradas entre los distintos medios, académicos, profesionales, instituciones, etc.

Estos ejemplos de inquietud crítica, con relación a las actuales reformas penales, tienen que ver por un lado con la poca seriedad con la que se realizan algunas de estas, las cuales; como se ha observado, deben ser coherentes bajo un esquema social y político determinado cumpliendo con ciertos principios, lo único que se logra de entrada, es una gran crítica por parte de los estratos intelectuales más conocedores del tema, como son los litigantes o académicos quienes pueden opinar objetivamente, respecto a las leyes penales y sus modificaciones, el poco conocimiento de nuestros gobernantes, provoca algunas veces que los problemas se agraven o dificulten y en lugar de mejorarlos o solucionarlos, los arraigan aun más, dejando todo el paquete de responsabilidades, a las personas que los vienen a sustituir y son estas, quienes se les cobra la factura por errores del pasado.

2.2.2.2. PUNICIÓN.

La punición es *la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito, es decir; la punición es la concreción de la punibilidad al caso individual y da al infractor la calidad de merecedor de la privación o restricción de bienes señalada en la punibilidad.* La legalidad la obtiene la punición al seguir el proceso tal y como lo garantiza la Constitución, o la

norma máxima del lugar, para que sea legal la punición debe ser esta el final de una serie de normas procesales previamente establecidas.

La legitimación de la punición esta condicionada a la efectiva comisión del delito por el sujeto, ya que de no existir el hecho, o si el sentenciado no lo cometió, la punición podrá ser legal, al haber cumplido los requisitos de legalidad, pero en forma alguna podrá ser legitima (nulla poena sine crimen).

La finalidad o función de la punición es el reafirmar la Prevención General, es decir demostrar que la amenaza contenida en la punibilidad no era vana. A diferencia de la punibilidad en la que la única función es la prevención general, en la punición hay una función secundaria que es la prevención especial. Al concretarse la punibilidad, se demuestra a un sujeto en particular que la amenaza era cierta, y por lo tanto se le intimida mayormente para evitar su reincidencia en el delito.

En cuanto a los límites de la punición, éstos deben estar ya marcados en la punibilidad, recalcando lo dicho sobre derechos humanos y bien tutelado, pues no puede sobrepasar dichos límites, como lo es el de la culpabilidad sobre del cual, los juristas han puesto especial énfasis; ya que la punición no puede rebasar el grado de culpabilidad del autor del delito.

La punición tiene una serie de principios rectores, que son:

a) Principio de necesidad. No se debe sentenciar cuando no sea estrictamente necesario. Principio que es seguido en ciertos países en los que hay la suspensión de sentencia y dejan la ejecución pendiente en tanto el sujeto no reincida y cumpla ciertos requisitos.

b) Principio de personalidad. Consiste en que la punición solo

puede recaer sobre el sujeto culpable de una infracción penal, y no puede ser trascendente. Por punición trascendente se entiende aquella que se aplica no solo al delincuente, sino también a personas inocentes (familiares, amigos, esclavos, subordinados).

c) Principio de legalidad. La punición debe estar previamente determinada en la ley (*nulla poena sine lege*). Esto significa que el juez no puede inventar puniciones, tiene que atenerse al repertorio previsto en la ley, además la punición sólo puede aplicarse por una conducta previamente estipulada por la misma ley (*nullum crimen sine lege*).

Principio de competencia judicial. Solamente la autoridad judicial debería imponer las puniciones, las excepciones van haciéndose tan numerosas que este principio va peligrando. Es absurdo que una misma autoridad tenga las atribuciones de establecer punibilidades, imponer puniciones y ejecutar las penas. La teoría de la división de poderes se ve agredida por la tendencia a establecer tribunales administrativos, dependientes del ejecutivo pero con funciones judiciales, conocidos en la doctrina como tribunales híbridos.

d) Principio de defensa reconocido internacionalmente, como el principio de defensa es básico para la punición, y esta solo tendrá validez si el sujeto tuvo oportunidad y amplitud de defensa. El sistema inquisitorial se ve invalidado por carecer de este principio.

e) Principio de particularidad. A diferencia de la punibilidad que es general, la punición sigue el principio de particularidad, y se aplica a un caso concreto, especial, único¹³.

¹³ op. cit; nota 9, p. 94.

2.2.2.3. PENA.

A lo largo del desarrollo de las diversas culturas en casi todo el mundo, se ha tratado de dar una definición, o por lo menos, de conceptualizar la palabra “*pena*”, ya sea con ese nombre o con otro, pero siempre ha sido sumamente difícil ubicar un concepto que pueda ser identificado inequívocamente en todas las épocas, culturas o religiones.

Si bien es cierto que, la palabra pena es de acuñación occidental o de influencia Greco Romana, también lo es que, todas las culturas sin excepción han de algún modo o de otro, aplicado o contemplado como una forma de reacción a lo no deseado, un medio por el cual se aflija al transgresor del orden o un equivalente. Incluso considero que, el ánimo para penar, tal y como hoy lo conocemos, es un aspecto inherente al ser humano, es decir, es parte de su misma naturaleza. Los seres primitivos o primeros homínidos, al empezar a vivir en sociedad, al organizar sus actividades, al empezar a conformar núcleos sociales con los específicos y con actividades cada vez más complejas, tuvieron que empezar a utilizar algún mecanismo de control, que tal vez tuvo algún parecido con lo que hoy conocemos como pena.

Ya en capítulos precedentes, específicamente en el de marco histórico de la pena de prisión, se ha desarrollado de una forma muy esquemática los diferentes puntos de vista en relación con la pena en su entorno socioeconómico, político y cultural evidenciándose los diferentes enfoques que han existido al respecto dentro del mundo de las ideas jurídico penales, a través de las diversas etapas de la humanidad.

Así tenemos que desde un punto de vista conceptual, la pena constituye el tercero de los elementos dentro del clásico tríptico del derecho penal; delito delincente, pena; siendo el concepto de pena menos amplio y más viejo que el de sanción, ya que se tiene noción de que la pena surge como consecuencia del delito e históricamente aparejada a él, siendo la idea de castigarlo el

surgimiento de la pena. El concepto de sanción es en cambio, más moderno, su concepción fue elaboración fundamentalmente obra de los positivistas y podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

Para algunos tratadistas, como Von Liszt, Prins, Garud, Alimena; entre otros; la principal función de la pena es la defensa social contra las acciones antisociales, y que, como excelentemente sintetizara el último de los nombrados, la pena debe de alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual.

La evolución del concepto de pena, esta muy ligada a la evolución de las sociedades que le han tomado un especial significado, de acuerdo al sentido correccional que se le ha dado en cada época y al grado de crueldad con que se ha infringido para abatir el delito, por tal motivo; son innumerables las definiciones que han surgido y todas ellas tienen particularidades específicas, acordes a las características de época y sociedad en que sus autores lograron concebir el derecho a castigar.

Algunas definiciones más importantes para nuestro estudio lo son la de los siguientes autores:

Ulpiano; define la pena como la venganza de un delito. La concepción de esta definición, es meramente retributiva, y muestra la visión tan primitiva que se tenía del castigo de lo ilícito.

Cesar Bonesana (marqués de Beccaria); la define, como el obstáculo político contra el delito. Definición que muestra la preocupación del autor de la misma, por la influencia de la actividad delictiva en el actuar de la sociedad y la trascendencia política de los males sociales que son controlados por el gobierno estatal.

Francisco Carrara; la define, como el mal que en conformidad con la ley del estado, los magistrados infligen a aquellos que son, con las formas debidas, reconocidos culpables de un delito. Esta definición de corte legalista y positivista, es reflejo de la postura que manejo este doctrinario clásico, respecto a la aplicación de la ley que debería bastar en la lucha contra el delito.

Sebastián Soler; la define como un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos¹⁴. Esta definición me parece más acertada y más completa para entender el fenómeno de la pena, ya que abarca varios aspectos importantes dentro de la fase de la imposición de la pena y no se limita a cierto estadio de la misma.

Como podemos constatar, cualquier definición o concepto respecto a la pena, es siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema, pero que nada nuevo descubre, -esto en el mejor de los casos-, y en otras muchas ocasiones, se confunde el objeto a definir con el resultado esperado de ese acto, pero que no es del todo comprobable, es decir, se habla de aspectos a posteriori, en un momento previo a su constatación, atribuyéndole resultados que no son seguros de que se presenten.

Muchas veces, se trata de envolver al concepto de pena, con una serie de anhelos o expectativas en cuanto al fin que debe cumplir, otras tantas, se le atribuyen funciones que tal vez no esta cumpliendo, sin que se logre proyectar su verdadera esencia en alguna idea o concepto, es por esta razón que, algunos autores han creído en la necesidad de hacer la diferenciación entre, fin y función de la pena, para aclarar un poco más el propio concepto.

Considero que la pena es, en esencia, una forma de reacción a un estímulo, como en muchas ocasiones, nuestro propio cuerpo biológico

¹⁴ *Mitos y Realidades respecto a la Individualización de la Pena, Una Visión a Futuro*, México, INACIPE, 1998, p.83

reacciona a su medio, o como ciertos elementos reaccionan a otros elementos, pero esta reacción (la pena), no es ni por mucho, un reflejo inerte o involuntario, como los últimos dos ejemplos que comenté, sino que es una reacción o un resultado a un proceso cultural, que solo poseen los seres humanos o que solo hasta este momento lo hemos podido identificar en los seres humanos.

Este proceso cultural, en donde se gesta la reacción, es totalmente cambiante en cada una de las civilizaciones, e incluso, me atrevería a pensar que en cada una de las etapas históricas de dichas civilizaciones, sin que necesariamente tenga que ser innovador, sino por el contrario, es cíclico, pero siempre sin duda, ha sido una constante en toda la historia del desarrollo humano.

2.3. FUNCIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO.

En este apartado consideramos conveniente exponer qué entendemos por prevención, etimológicamente el concepto proviene del latín *praevenire*, que significa anticiparse a los acontecimientos y aplicada esta definición al área del derecho penal, se debe entender como la ejecución de acciones tendientes a evitar la consumación de delitos y en el más amplio sentido del concepto entendemos por esta la anticipación a la consumación de un mal o un peligro.

Algunos autores consideran que la prevención como tal es una actividad que se desarrolló en el campo de la medicina, surgiendo al efecto la medicina preventiva para custodiar la salud; a ello se debe la disminución de mortalidad cuando se lograron controlar las epidemias y las grandes enfermedades que aquejaban a la humanidad en cierta época; a este respecto tenemos nuestras reservas.

La prevención del delito ha sido preocupación del hombre asociativo de todos los tiempos, en el derecho antiguo se conoció bajo otras formas diferentes a las de nuestros días. En todo caso podemos referirnos a un concepto de prevención del pueblo romano de la época de Séneca, al referirse a la influencia anticriminal, *la cual se supone es ejercida sobre los ciudadanos en general, por el hecho de que el código penal castiga ciertos comportamientos humanos y de que la fuerza pública ejecuta las penas ordenadas por la corte, que es un antecedente remoto de la más alta antigüedad.*

Con este precedente en la modernidad surgieron teorías de tipo utilitarista como la de Bentham, para quien; el valor del castigo no debe ser en ningún caso menor de lo que resulta para rebasar, el beneficio que reporta el delito.

Desde este ángulo, queda claro que la pena es un mal porque no produce felicidad a quien se le aplica, pero desde el punto de vista de la utilidad pública (suma de las felicidades individuales) es un bien, porque ahorra dolor mediante la prevención particular y general. En líneas de este autor se observa que la prevención se podía también estimular con el trabajo, las buenas costumbres, mejorando la educación, creando albergues, etc.

Desde esta óptica la pena debe tener como fin la prevención del delito por ello afirmó que la finalidad con la pena, no es atormentar o afligir a un ser sensible, contrario a lo que algunos piensan de satisfacer un sentimiento de venganza y revocar a su estado anterior el orden, cuando se lleva acabo la comisión de un delito y expiarlo; considero necesario infundir temor a todo delincuente mediante prevención general, para que en el futuro no ofenda a la sociedad, siendo este el único fin justo de la pena.

Para Romagnosi precursor de las teorías de la defensa social, al estudiar la prevención del delito refiere que; sólo se puede lograr con el fortalecimiento jurídico político de los derechos del hombre y de la moral (la sanción política, la sanción religiosa, la sanción de la convivencia social y la sanción del honor), ya que estos tipos de sanciones convergen conjuntamente logrando la armonía del sistema penal. Para Beccaria se podían prevenir los delitos haciendo que las leyes sean claras, que se defiendan con toda la fuerza de la nación, que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos y que los hombres las teman¹⁵.

Como es evidente, en las teorías del siglo XVIII, se observa que la pena es el micro medio de que se vale la sociedad civil para reprimir el delito, en ellas se reflejan las concepciones contractualistas de la sociedad, en mayor o menor grado en estas teorías subyace el contrato social. No obstante, también se le otorgaron a la pena fines de prevención, tales fines eran evitar en el futuro la comisión de delitos, disuadir a la colectividad para que no delinca y haga uso de su libertad en un sentido justo, por eso ellos recomendaron prudencia punitiva y mayor fortalecimiento al trabajo, a la educación, a la vigilancia, a la subsistencia, a la justicia, a no dejar hechos impunes y que las leyes sean claras.

Parece ser que la aspiración de prevención se pretende lograr por el camino de la intimidación, por lo tanto podemos considerar que se están refiriendo a los efectos que debe surtir la amenaza del castigo en el grueso de la sociedad, es decir; se pretende una prevención general. Hasta entonces no se había hecho la diferenciación actual entre prevención general y prevención especial, siendo Jeremy Bentham; el primero en distinguir ambas modalidades de prevención.

¹⁵ Ortiz Ortiz Serafín, *Los Fines de la Pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993, p. 124.

La prevención es un concepto moderno que no podía coexistir con los precursores de la ciencia penal (los juspenalistas y pensadores que Ferri llamó de la escuela clásica), ya que aun cuando consideran que es preferible evitar los delitos por otros medios antes que ejecutar la pena, ven en la retribución de la pena el mantenimiento del orden social, el equilibrio, la realización de la justicia y por lo mismo justifican su existencia, de esta forma la prevención solo es un fin práctico derivado de la pena retributiva, siendo hasta el desarrollo de la escuela positiva, cuando la pena pasa de ser fin en sí misma (retributiva) y se convierte en medio para evitar la delincuencia (preventiva).

Así pues, la escuela positivista italiana introdujo la medida de seguridad como sustitutivo de la pena, pretendieron inclusive que la pena por la culpabilidad desapareciera y cediera su lugar a la medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad del individuo, los doctrinarios seguidores de esta escuela consideraron conveniente destacar al hombre individualmente estudiado, por su determinación al delito.

Del antropocentrismo biologicista surgen las teorías lombrosianas del delincuente nato, el peligrosismo Ferriano y el etnocentrismo de Garófalo que considera al delincuente un ser inferior y degenerado que debía ser eliminado de la sociedad o readaptado si es que era recuperable. Es por ello que los positivistas no confiaron mucho en la pura intimidación dirigida a la sociedad a través de la amenaza legal, para contener o prevenir el delito (prevención general), sino que era necesario aplicar una medida para apartar de la mala vida, a los peligrosos asegurándolos para que no delincan y readaptarlos para que no reincidan (prevención especial) entendida así, la escuela positiva

otorga como fin principal de la pena (o medida) la prevención especial, pues del sujeto que esta determinado al delito, la sociedad esta determinada a defenderse.

Con el surgimiento de la joven escuela o escuela sociológica, encabezada por Franz Von Liszt, se abandonan todas las controversias filosóficas, sustituyéndolas por una comprensión teleológica de la pena, pretendiendo ser un conocimiento ya sistematizado dentro del saber penal surge de esta manera la teoría de la pena-fin, tratando de buscar soluciones prácticas en política criminal, sosteniendo que la pena tiene un contenido teleológico preventivo, general y especial. Liszt acuñó este concepto en su versión moderna¹⁶.

Después del estudio realizado de los modelos filosóficos en que se ha fundamentado la pena, a manera de síntesis podemos afirmar, que el fin único legítimo de las penas no puede ser otro que prevenir los delitos, el uso del derecho de castigar debe estar regulado por la necesidad y si de estos dos elementos combinados resulta que la necesidad de la pena no consiste, en manera alguna en tener que castigar los delitos consumados porque fueron cometidos, sino mas bien; para que no se cometan de nuevo, tenemos que concluir que los que ejercen la potestad de castigar, antes de emplear medidas dolorosas, están obligados a prevenir los delitos con todos los medios adecuados, eficaces, que no sean nocivos y echar mano de las penas como último recurso.

¹⁶ ibidem, p.129.

2.3.1. RETRIBUCIÓN DEL DELITO.

Aquí me he de referir, al término retribución el cual significa pago; el concepto jurídico penal retribución es una categoría punitiva derivada de un principio filosófico de justicia absoluta.

En este sentido retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito, entendida así; la retribución es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito, este castigo se le retribuye por el mal que ha ocasionado, de esta manera el sufrimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta. La retribución como pena justa no tiene otra finalidad que la realización de la justicia y de ser así, al devolver al culpable un mal por otro mal se estaría realizando un ideal justo, no obstante; quienes sustentan el carácter retributivo de la pena otorgan fines prácticos al castigo.

La pena es siempre retribución, no importa que aun sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene, pues no solamente se logran estos fines prácticos, sino que con la retribución se alcanzan otros fines más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio de la actividad social, siendo fundamento de la vida moral, social, protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito¹⁷.

En este trabajo es necesario analizar, otras funciones materiales de la prisión aparte de la marginación o exclusión meramente retributiva, que causa a los últimos estratos de la pirámide social, pues no podemos dejar de subrayar que la función material de neutralización y eliminación del enemigo social denominado delincuente, sean las únicas medidas de seguridad para

¹⁷ op. cit; nota 15, p.111

llevar acabo el control penal hacia aquellos sujetos que, cometieron algún ilícito penal, pues también deben ser orientados hacia la aceptación de su identidad como peligrosa para sí mismo y/o para la sociedad, según un modelo ético de la intervención penal centrada en los tipos de autor, no en la ofensividad material de las conductas, ni en la patologización de cualquier forma de conflicto social en las decisiones legislativas a la hora de criminalizar, la vida social en los tipos penales.

Por eso en estas líneas he querido destacar la tarea primaria del pensamiento criminológico radical, (aquí denominado retribucionista) al tratar de redimensionar todos los tópicos que están legitimando las políticas criminales, sobre todo al sostener la creencia de que las conductas ilícitas, deben de sancionarse con todo el rigor de la ley, tal y como lo escuchamos a diario en los discursos políticos de algunos de nuestros gobernantes y a manera de ejemplo tenemos el problema social de las drogas, donde he de destacar que en la lucha contra el narcotráfico no se están persiguiendo, sujetos desviados del buen camino, sino a grupos peligrosos para un orden político y económico ajeno a los intereses políticos, culturales, económicos de la mayoría de la sociedad civil, único sujeto titular de la legitimación material de cualquier estrategia de control social punitivo.

Parece que al menos en teoría la prisión como simple retribución, ha sido superada y es que la función puramente retributiva de la reacción social es cada vez menos aceptada, el castigo visto solo como castigo, sin tener en cuenta las consecuencias es mirado con desdén hoy día, pues a quedado atrás la idea del estado vengador.

Desde nuestra óptica el delincuente tiene que sufrir aun, la vigencia de patrones de castigo, represión o contención, sin que se pueda implantar, definitivamente los sistemas de rehabilitación,

reestructuración de la personalidad y resocialización, que ahora pugnamos, sin embargo; no debe de castigarse porque alguien haya delinquido, sino para que los demás no delincan. De esta forma la retribución no debe imperar en nuestros días, pues la evolución de la ciencia penitenciaria hoy día va de prevención general, a la de prevención especial, en mi opinión todas las formas de venganza, mansa o salvaje, repugnan los principios de la ciencia penal, aunque obviamente son algunas veces aceptables para el público contemporáneo.

De lo anteriormente expuesto, aparece claramente que la institución penal contemporánea es el campo de batalla de corrientes filosóficas opuestas, pues como hemos visto en otros apartados dentro de este trabajo, hay quienes creen en el efecto intimidatorio del castigo, los que quieren proteger a la sociedad contra los delincuentes por segregación, sean cuales sean los medios y efectos de esa segregación.

2.3.2. READAPTACIÓN SOCIAL.

Comenzaremos por conocer el significado de la palabra resocialización, que tiene sus orígenes en el idioma alemán *Resozialisierung*, término acuñado después de la primera guerra mundial, para acompañar al de *Besserung*, que había sido acuñado por Franz von Liszt a fines del siglo pasado, Von Liszt propone una comprensión teleológica de la pena, es decir; se pretende alcanzar fines prácticos de política criminal, mediante fines de prevención especial que Liszt

resume en tres aspectos: la advertencia, la mejora (resocialización) y la inocuización¹⁸.

La influencia del positivismo criminológico y del correccionalismo son ideologías que subyacen a la resocialización, sobre cuyas bases se sostiene hasta mediados del presente siglo, cuando sobreviene la ideología del tratamiento expuesta por la nueva defensa social que sobrevive hasta nuestros días.

El modelo resocializador evidencia desde hace algún tiempo su incapacidad para generar una respuesta coherente a la cuestión criminal del país, bien sea por el modelo en sí, o por las modalidades que se han utilizado para ponerlo en práctica sin embargo, no tenemos a la mano otra cosa, ya que como sociedad hemos permitido que el modelo resocializador fracase, al estudiar los orígenes de este modelo, nos damos cuenta que la realidad social en la que vivían, los ideólogos que formularon este modelo no se parecía en nada a la nuestra, pues dista mucho la lucha contra la delincuencia que hoy día enfrentamos, de aquella que enfrentaron nuestros antecesores.

La creación de las cárceles de máxima seguridad en el curso de la lucha contra el terrorismo ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización, así como la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo; la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por tanto neutralizados, en su potencial peligrosidad respecto a la misma.

El reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar, es más que evidente; puesto que la pena carcelaria no

¹⁸ Idem. Ortiz Ortiz Serafín, *Los Fines de la Pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993.

representa en absoluto para el delincuente una oportunidad de reintegración en la sociedad, sino un sufrimiento impuesto como castigo. Este criterio se concreta en un argumento a favor de que la pena deba neutralizar al delincuente o representar el castigo justo por el delito cometido y con ello renacen concepciones absolutas retribucionistas de la pena, las que ya han sido estudiadas asimismo, la existencia de las teorías relativas se hace sentir con mayor fuerza conforme evoluciona la de prevención especial negativa.

Muy a menudo se deja ver el fracaso de la cárcel como institución de prevención especial positiva, pues ha sido considerada pese a todo; como lugar y medio de resocialización, con base en postulados propuestos por los defensores de la nueva ideología del tratamiento, partiendo de la idea que el modelo carcelario busca en un principio segregar a la gente, dominarla y con ello controlarla, sirviendo esto para resolver el problema de la delincuencia, renunciando con ello a todo sentimiento de fraternidad y de solidaridad con respecto al resto sociedad, que desprotegida enfrenta día a día los problemas de inseguridad, problemática social consecuencia del delito.

Haciendo a un lado esto último pareciera que, algunas veces más que adelantar el pensamiento enfocado a llevar a feliz término las metas del modelo carcelario, no se hace sino reforzar viejas ideas retribucionistas que cobran nueva fuerza tal vez; por el fracaso del ideal rehabilitador o resocializador.

Desde la perspectiva crítica de nuestro análisis señalaremos las impugnaciones que se han formulado contra la resocialización, realmente son abundantes las críticas a la resocialización, desde diferentes áreas del saber general se le han dirigido cuestionamientos. Así podemos observar críticas provenientes del derecho penal, de la criminología, de la sociología, de la penología, de la ciencia penitenciaria, que han ido minando el fin resocializador de la pena privativa de libertad, hasta develar la crisis por la que en estos días atraviesa.

A este término de resocialización se han unido otros como; reeducación, reinserción, reincorporación, readaptación y rehabilitación, cuya característica principal es que no existe una diferencia substancial entre ellos, se les usa como sinónimos y para que la resocialización pueda llevarse a cabo, debe distinguirse la resocialización como sinónimo de reinserción social del penado a la sociedad y un segundo grado; la resocialización como sinónimo de respeto a la legalidad, lo que implica llevar a efecto la resocialización, protegiendo a la sociedad del peligroso.

La resocialización denominada por algunos como mito, ideología, utopía, es una palabra de moda que se ha usado indiscriminadamente sin que nadie sepa muy bien lo que quiere decir con ella y por cuanto al fin que se persigue con ésta, considero es contradictorio, toda vez que; la sociedad produce ella misma la delincuencia y no es el delincuente, sino la sociedad la que debería ser objeto de resocialización.

Si partimos de la idea de que la pena es un mal y somos conscientes de que con ella se produce un efecto destructivo y estigmatizador, el supuesto efecto resocializador, con que se recompensa al delincuente al ejecutar aquel mal, parece no poder ser, a lo sumo; más que un mito o un eufemismo mejor dicho una ficción jurídica.

En este sentido Alessandro Baratta, al emitir una crítica respecto a la resocialización sustenta lo siguiente: esta condición humana parte de una teoría ideológica mixtificadora de la realidad social, tendiente a producir consenso en la generalidad de los ciudadanos en torno al sistema penal, de esta forma el fin de la

resocialización atribuido a la pena aparece definitivamente como una ilusión ¹⁹.

Por nuestra parte entendemos que la resocialización supone la socialización como primera función de la sociedad para con todo individuo, y que el delincuente al cometer un delito, es un sujeto desviado que no ha internalizado los valores supremos de la sociedad (entre ellos las normas de conducta) por lo que debe ser resocializado, a través de la aplicación de un tratamiento compulsivo (penitenciario) privándolo de su libertad, vemos además que a menudo la absolutización de la resocialización convierte las legislaciones penales vigentes en mayor o menor medida, en un instrumento de una dictadura ética del estado, que cada día deja menos espacio para la libertad de conciencia, lo que hace que los estados éticos sean inmorales por su base.

Frente a este supuesto es preciso reflexionar, para ver si en efecto el individuo ha sido socializado de acuerdo a las pautas y valores que se supone son comunes en la sociedad o el individuo se socializa de una manera estándar.

2.4. TIPOS DE SISTEMAS PENITENCIARIOS.

El concepto de sistema y régimen penitenciario son sinónimos, sin embargo; existe una clara diferenciación en la doctrina jurídico penal, que considera ambos conceptos sistema y régimen penitenciarios de forma análoga, y hay quienes afirman una tajante diferenciación entre

¹⁹ Baratta Alessandro, *Criminología Crítica e Política Criminale Alternative*, Argentina, Editorial Siglo XXI, 2001, p. 93.

ambos y consideran que existe una relación de género a especie de uno a otro.

Así, el primero ha sido, definido como la organización creada por el estado para la ejecución de las sanciones penales que importan privación o restricción de la libertad individual, ello supone que la totalidad de prisiones reguladoras de la ejecución de las sanciones, son instituciones que hacen una labor administrativa de la pena, durante el desarrollo completo de la condena, que ha de compurgar el condenado y de cuya bondad derivara la efectividad de la prevención especial consecuencia directa de la pena Impuesta.

Por otra parte, es necesario definir al régimen penitenciario, como el conjunto de condiciones e influencias que se reúnen en una institución, para procurar la obtención de la finalidad particular que se asigna a la sanción penal, con relación a una serie de delincuentes criminológicamente integrada.

Aclarado este punto ahondaremos nuestro estudio en diferenciar algunos sistemas penitenciarios existentes, dentro de la doctrina y que cada uno cuenta con características propias, de acuerdo al modelo penitenciario que elija la autoridad ejecutora y de los cuales depende la concreción de la sanción penal en reclusión.

2.4.1. SISTEMA CELULAR.

En la historia de los sistemas penitenciarios, el sistema celular ha tenido muchas expresiones, en nuestro país se le ha denominado apando y fue aplicado por la Iglesia Católica desde tiempos remotos, pues identificando conductas antisociales como pecado, intentaba la

salvación del pecador a través de aislamiento, oración y penitencia; el concilio Benedictino, adoptó el régimen celular para los casos en que era necesaria una enérgica punición, recomendando el proveer al recluso de libros, trabajo y visitas adecuadas.

En el devenir histórico hacia el siglo XVII, el sacerdote italiano Filippo Franci, creó en Florencia su propio hospicio, institución que se dedicó a la corrección de menores delincuentes, vagabundos, incorregibles, etc; con un régimen basado en un estricto confinamiento individual en celdas y en conservar en lo absoluto el secreto de la personalidad del recluso, a tal grado que se les obligaba a llevar la cabeza cubierta con una capucha.

El monje benedictino francés Jean Mabillon, en su obra *Reflexiones sobre las prisiones de las órdenes religiosas*, expone todo un sistema penitenciario que solían usar las órdenes religiosas, consistente en aislamiento total con ayunos frecuentes, alimentación sencilla y prohibición de recibir visitas, siendo la aportación más destacada acerca del sistema celular utilizado por este autor, reformar por medio del trabajo e higiene, los cuales eran deficientes, conceder algunas visitas, y la más trascendente individualizar la pena.

En cuanto a este último punto, este autor al que nos referimos, hace diferencias de los efectos de una misma pena según los temperamentos de los condenados, pide evitar la imposición de un aislamiento total y definitivo para los sentenciados y cree que lo correcto es tener al reo separado, que pueda ir si lo desea a misa, pasearse, trabajar etc.

Otro precursor del sistema celular William Penn, obtuvo una concesión para organizar una colonia a las orillas del río Delaware, donde habían fundado la ciudad de Filadelfia en 1676, creando a su vez la colonia de

Pensilvania, donde el debería continuar aplicando las leyes inglesas pero mucho menos benévolas, este sistema adoptó el nombre de Pensilvanico y tiene su origen cuando Inglaterra decide descentralizar sus cárceles y ante su problema penitenciario, decidió enviar reclusos a algunas islas, o a las nuevas colonias, al lograr su independencia los Estados Unidos de América, Inglaterra agonizó con su sistema penitenciario, pues ya no tenían a donde mandar cómodamente a sus presos y en los Estados Unidos existía ya una gran población penitenciaria.

América se encontraba llena de aventureros y delincuentes de todo tipo, así; se establecieron nuevos sistemas de prisiones, se creó la Walnut Street Jail, construida en 1771 en Filadelfia, aplicándose el aislamiento nocturno y trabajo silencioso, con la peculiaridad de que en ella no existió separación ni de edades ni de sexos, aunado a ello la corrupción era imperante, muchos de sus prisioneros eran llevados a las calles a realizar trabajo de bienestar público, esta cárcel buscaba mejorar la situación penológica y aunque la idea de los cuáqueros en un principio fue la de lograr ejercer penas más benévolas, dejando la pena de muerte solamente para los delitos más severos fracasó.

Para entender mejor el funcionamiento del sistema celular, señalare algunas de sus características más sobresalientes y son las siguientes:

1. Un aislamiento total y absoluto tanto diurno como nocturno, el sujeto al entrar en prisión se les dejaba en su celda asignada de por vida, quedando totalmente aislado en dicha celda, durante todo el tiempo que dure su sentencia.

2. Se buscaba que todos los reos se conservaran en el anonimato, nadie era llamado por su nombre, nadie sabría su verdadera identidad, simple y sencillamente se les identificaba por medio de un número.

3. La única lectura permitida era la Biblia, cualquier otro tipo de lectura era considerada nociva para la salvación del condenado.

4. No tenían permitido ni recibir ni mandar cartas, el sujeto perdía todo contacto con el exterior, carece de información, pues no obtiene ni periódicos ni noticias de ninguna clase.

5. El reo no recibía ninguna visita, ni familiares, ni amigos, si sus amigos o familiares viven o mueren, de todo esto no se entera, hasta que logre salir de la prisión.

6. La única visita permitida es la de algunos funcionarios, gobernador, presidente municipal, alcalde, algunos miembros de sociedades pensilvánicas, o sociedades religiosas, por último el capellán de la prisión.

7. Algunos reo tenían permitido trabajar, pero excepcionalmente y en oficios muy rudimentarios en su celda²⁰.

Actualmente el sistema celular o también conocido como *Pensilvánico*; es considerado por los doctrinarios inaplicable, ya que el sistema celular es un refinamiento de la crueldad, por lo cual ha entrado en desuso incluso en nuestro país, este sistema ha desaparecido, por su comprobada ineficacia; ya que generalmente produce embrutecimiento y perturbación mental.

El aislamiento como castigo y como medida disciplinaria en algunas cárceles, consistente en una cámara asensorial, esto es; un cuarto en el que no hay ningún estímulo, todo es obscuridad y silencio, provoca que una

²⁰ Op. cit; nota 9, p. 230

persona sujeta a aislamiento enloquezca, pues en cuestión de horas sufre de alucinaciones, perdiendo con ello la noción del tiempo y espacio, por lo cual este tipo de castigo debe evitarse a todas luces y buscar otras formas menos dañinas, pues estudios científicos han demostrado que el aislamiento, propicia enfurecimiento y agresividad.

2.4.2. SISTEMA DE CARTUJO.

Este sistema penitenciario tiene sus orígenes con la orden cartuja de 1804, de San Bruno sus miembros practicaban meditación, oración, haciendo votos de humildad, obediencia, pobreza y silencio, además de penitencia y prolongados ayunos, este sistema se basaba en la separación de reos en celdas individuales, posteriormente los condenados por jurisdicciones eclesiásticas, eran sometidos a aislamientos nocturnos, pero durante el día trabajaban en común bajo una estricta regla del silencio.

En Roma el hospicio de San Miguel reclutaba delincuentes jóvenes, huérfanos, abandonados; bajo un régimen al estilo cartujo, pues eran sometidos a un aislamiento durante la noche, pero durante el día trabajaban en común bajo una estricta regla del silencio, ejemplo de este régimen lo fue Gante una Cárcel que era un basto establecimiento octagonal, de tipo celular en la cual era común la reclusión individual nocturna, por primera vez en la historia, se implantó un sistema de clasificación, ya que los delincuentes reincidentes o de delitos más graves estaban separados de los delincuentes de delitos menores, igual existía separación de adultos hombres mujeres y niños, diferenciación de sentenciados, atención médica, trabajo educativo sistema basado en la oposición a las penas cortas, pues la sentencia mínima

debería ser de un año, para que en ese tiempo se enseñara algún oficio al reo y no podía imponerse la cadena perpetua.

Newgate, era el nombre de otra conocida cárcel que impuso este tipo de sistema, pero fue ineficiente por lo que se tuvo que construirse la prisión de Auburn, terminada de construir en 1818, y contaba con 80 celdas para desarrollar un régimen celular, posteriormente cambió su nombre al de *Keeper* del centro a *Elam Lynds*, en la que había de crear el sistema de cartujo conocido como régimen *auburniano* y considerado el alma del sistema, por su dureza y disciplina pudo mantener el orden de la prisión, propiciando que todas las cárceles en los Estados Unidos adoptaran este sistema penitenciario.

Para Von Henting, es el fracaso del sistema celular y un sentido lucrativo de la economía lo que contribuyo, más que el amor al prójimo, a crear el sistema de cartujo o *Auburn*²¹. Para detallar este sistema e ilustrarnos acerca de las bondades de este sistema penitenciario, se mencionan algunas características principales del sistema Cartujo o Auburniano:

1. Es más económico, tanto en tratamiento como en construcción, que el sistema celular.
2. Se podrían reducir extraordinariamente los gastos por medio del trabajo colectivo.
3. Se podían evitar todos los problemas que produce el aislamiento total.
4. Se evita de todas las formas la contaminación moral, entre los reos imponiéndoles la regla severísima del silencio mediante la clasificación de los reos en tres clases:

²¹ Von Henting, Hans; *La Pena, las Formas Modernas de aparición*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, t.II, p. 133

- Los empedernidos, para quienes se aplicaba un sistema celular de aislamiento absoluto

- Delincuentes intermedios, a quienes se les mandaba 3 días a la semana al aislamiento absoluto y el resto de la semana se les tenía en trabajo colectivo.

- Los delincuentes jóvenes y menos peligrosos, a quienes se les tenía permitido trabajar durante toda la semana, aunque procurando un aislamiento celular nocturno, evitando con esto los problemas de homosexualidad y demás problemas que aquejan a las celdas colectivas.

5.- Regla absoluta de silencio, se tenía terminantemente prohibido a los reos comunicarse en cualquiera de sus formas, recados o señas, se les prohibía a los reos silbar, cantar, bailar, correr, saltar, etc.

Tal vez por lo reseñado con antelación, es que; existe la antigua tradición norteamericana de la cárcel de *estate callado y muévete despacio*, en algunos casos en que un reo se movía rápido, le disparaban porque existía el temor fundado de que este se fugaría.

Algunas ventajas del Sistema Cartujo o *auburniano* son las siguientes:

- Permite realizar trabajos e instruir a los reos.
- La reunión en el momento de los trabajos colectivos persigue la socialización del delincuente, es más económico pues el reo produce.
- Existe un intento de clasificación de los reos.

Sin embargo, existieron también algunas desventajas del sistema de Cartujo, que reseñamos a continuación:

- El reo pierde todo contacto con el exterior, desadaptándose socialmente, el silencio absoluto es considerado contra la naturaleza humana.

- El castigo corporal, cuan más duro es menos corrige.
- El trabajo bajo el régimen de silencio, era considerado un trabajo triste, además que no se remuneraba y no había alicientes.
- La separación total del reo de su núcleo familiar, es totalmente perjudicial para el reo y para su familia.

De este sistema de cartujo se rescata, respecto del celular, que en el primero de los señalados, se sustituyo el aislamiento celular, por una comunidad de trabajo, situación que da un vuelco positivo en la evolución de los sistemas penitenciarios, ya que el sistema de cartujo; fue severamente criticado por sectores gremiales de trabajadores sindicalizados, quienes aducían que se les hacia competencia desleal, pues el estado contaba con la mano de obra de estos esclavos modernos, que lo único que hacían era trabajar, so pena de latigazos, produciendo a un costo ínfimo, y no se les pagaba.

Actualmente este sistema es inoperante, por su forma de disciplinar a los reos (silencio y castigo físico), pues se puede observar en algunos penales que la comunicación entre ellos no se puede evitar e incluso saben muy bien lo que sucede en el exterior. Además debe decirse que los peores motines, han sido evidenciados en cárceles que se rigen bajo el régimen de cartujo o *auburniano*.

2.4.3. SISTEMAS PROGRESIVOS.

El creador de este sistema fue un hombre inteligente y profundo conocedor del problema penitenciario, don Manuel Montesinos y Molina, por dos razones: la primera es que fue pagador de presidio, la segunda es que fue tomado prisionero, siendo recluido en el

arsenal militar de Tolón (Francia) en 1809, donde pasó tres años y a base de comprensión, bondad, firmeza, logró establecer un sistema penitenciario que rindió excelentes frutos, pues logró reducir la reincidencia, situación que pocos sistemas penitenciarios actuales logran.

Podemos resumir el aporte más importante a la ciencia penal y la filosofía de este penitenciarista español, con sus dos famosas frases que mando poner en la puerta del presidio que dirigió:

"La prisión sólo recibe al hombre, el delito queda a la puerta."

"Su misión es corregir al hombre."

Las características más sobresalientes del sistema Progresivo o denominado *Montesinos* son:

- Disciplina militar.
- Trabajo abundante (había 40 talleres).
- Instrucción muy completa (laica y religiosa).
- Servicio médico.
- Excelente alimentación e higiene.
- Existencia de "Cabos de vara".
- Fue la primera cárcel en: tener imprenta.

Este régimen progresivo, cuenta con los siguientes períodos:

a) De los hierros, en el cual al reo se le ponen cadenas según la pena que debía compurgar. Se le rapa, identifica y asea, se le da un uniforme gris y pasará a entrevistarse con Montesinos, el cual le explicará cuál es el sistema.

b) De la brigada de depósito, en el que aun encadenados, son sometidos a los trabajos más rudos y desagradables, sin tener ningún privilegio.

c) Del trabajo, en este período, el reo solicita permiso para aprender un oficio, de serle concedido pasaba a talleres, y obtenía beneficios como poder fumar, tener algún dinero, etcétera.

d) De las duras pruebas; que es una verdadera semilibertad condicional, aquí deben realizar trabajos y encargo en el exterior, debiendo regresar a la Institución. Siendo este el descubrimiento más notable de Montesinos.

Otra ramificación de sistema progresivo que es trascendente para la ciencia penal lo es el denominado, *Mark-System*, el cual consiste en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al condenado.

Esta cantidad de trabajo y de buena conducta, era medida con vales, marcas, por eso se llama *Mark-System* y él sujeto sabe que cada día de trabajo, de buena conducta, le vale tantas marcas que cuando llegue a un determinado número de estas, puede comprar su libertad. Claro que en caso de no trabajar, de indisciplina, de infracciones serias al reglamento, le quitan marcas. En este sistema, el reo tiene su propia suerte en las manos si no junta el número de marcas necesarias, no saldrá nunca de la prisión.

Característica esencial de este sistema fue la indeterminación de la pena, pues la duración de ésta depende del trabajo y de la buena o mala conducta del reo, este sistema implantado en Inglaterra estaba dividido en 3 períodos:

a) Un primer período de prueba en aislamiento total, es decir sistema celular, duraba generalmente 9 meses;

b) Un segundo período de reclusión en un establecimiento de trabajo con trabajo común durante el día y aislamiento celular

durante la noche, estos establecimientos de trabajo se llamaron *public work houses*, (casas públicas de trabajo);

c) Un tercer período de libertad condicional o *Ticket of leave*, esto es uno de los descubrimientos más extraordinarios en este sistema, la libertad condicional.

En caso de que el sujeto cometiera faltas graves o nuevos delitos se le regresaba a la etapa anterior, si ya estaba en libertad condicional, se le regresaba a la casa de trabajo, si estaba en la casa de trabajo se le aislaba.

Otra variante dentro del sistema progresivo fue el sistema de marcas o conocido como sistema irlandés, aplicado por uno de los grandes penitenciaristas modernos, *Sir Walther Crofton*, director de las prisiones de Irlanda, consistía en ayudarse de un período intermedio entre la prisión dentro de un local cerrado y la libertad condicional con las siguientes características:

- Celular. Con aislamiento diurno y nocturno.
- Similar al cartujo, con trabajo en común y regla de silencio.
- Intermedio, o de *Self-Control*.

Podemos decir que este era un régimen híbrido, que retomaba situaciones que se aplicaron dentro de un sistema celular y a su vez se regía por normas propias de un sistema de cartujo y tuvo algunas aportaciones interesantes:

1. El uniforme infamante ya ha sido eliminado en todo el mundo, quedan algunos lugares prehistóricos donde todavía se usa el traje a rayas o la marca grande en el traje del reo.

2. Los reclusos pueden disponer de parte de su dinero para sus gastos particulares.

3. Se fundan las primeras granjas y los primeros centros de trabajo al aire libre; por último, se permite al recluso tener contacto y relaciones con la población libre, ya se permiten las visitas y el contacto con el exterior.

4. Libertad condicionada a la buena conducta del penado²².

Este sistema logro romper la rigidez de los sistemas unitarios como el celular y el cartujo, admite una mayor individualización penitenciaria, pues se retiene al reo en cada etapa cuanto tiempo sea necesario para dar un adecuado tratamiento.

El sistema progresivo es el paso más importante de la técnica hacia la pena indeterminada, que es la aspiración de muchos penólogos para lograr una verdadera socialización del criminal, concientizando al reo sobre su propio destino y al gratificarlo hacia menos pesada su pena, logrando con el tratamiento mayores éxitos que la dura represión.

Los sistemas progresivos han hecho que el recluso participe en el tratamiento voluntariamente, evitando así; un doble trabajo obligar al sujeto y además tratarlo. Más que hablar de desventajas, haremos los siguientes comentarios:

1) Son necesarias instalaciones adecuadas, con gran capacidad para dar trabajo a todos los reclusos.

2) Es necesario personal altamente especializado para el tratamiento.

3) La clasificación penitenciaria debe ser muy estricta, de lo contrario el sistema puede fallar.

4) No puede hacerse en cárceles superpobladas.

²² op.cit; nota 9, p. 243

5) Hay sujetos que nunca estuvieron desadaptados, los cuales sufren demasiado al pasar por los diferentes períodos.

6) En sus orígenes el sistema tuvo varios aspectos de crueldad (aislamiento, cadenas, etcétera).

7) El peor criminal es el mejor preso, por lo que debe tenerse gran cuidado y no dejarse engañar por un aparente cambio de conducta.

En México se ha adoptado un sistema penitenciario que cuenta con elementos de carácter técnico derivados de los órganos colegiados pluridisciplinarios, los cuales, a través del conocimiento especializado en cada una de las áreas que la integran, están en posibilidad de resolver adecuadamente los problemas de custodia y tratamiento, con el objetivo de transformar una decisión arbitraria en deliberación racional.

Es indispensable que el principio de la individualización de la pena, existente en el nivel legislativo actual, debe operarse no sólo en el nivel de la ejecución, sino al transcurso del proceso o nivel judicial y en régimen de libertad inmediata siguiente. El sistema supone un conjunto de actividades realizadas independientes unas de las otras pero unidas todas como eslabones de una cadena cuyo inicio debe ser el momento mismo de la privación de la libertad y su terminación, no sólo la recuperación de la libertad, sino con mayor precisión la adaptación social del individuo.

En México, el sistema progresivo es técnico ya que supone la presencia de un órgano colegiado de consulta, deliberación o decisión, integrado por especialistas en áreas determinadas del conocimiento relacionadas con el estado de privación de la libertad.

Técnicamente busca lograr que cada miembro del consejo colegiado informe las medidas que en su concepto resulten más apropiadas para lograr el fin prescrito por la pena correctiva; la intervención del cuerpo colegiado no sólo debe buscar los efectos óptimos del tratamiento individual, sino también dictar las orientaciones generales para el mejor funcionamiento de la institución.

2.4.4. SISTEMAS ESPECIALES.

Este tipo de sistemas especiales, esta basado en las características físicas y mentales de los reos, pues de ello depende la forma de operar de estos sistemas penitenciarios, quedando una clasificación bien marcada de acuerdo al reo de que se trate y así tenemos que una primera ramificación lo es:

- Por edad:
 - a) Menores por mandato de ley.
 - b) Adultos jóvenes.
 - c) Ancianos

- Por el estado físico o mental del condenado
 - 1.- Estado físico:
 - a) Enfermedades pasajeras en la enfermería.
 - b) Enfermos crónicos o inválidos, institución especializada.
 - Pulmonares (tuberculosos, asmáticos, etcétera).
 - Cardiacos (vigilancia médica).
 - Digestivos (dieta).
 - Diabéticos (vigilancia-dieta).

- Ciegos.
- Sordomudos.
- Demás inválidos (rehabilitación).

2.- Estado mental:

- a) Enfermos no graves (neurosis, etc.) tratamiento en establecimiento general.
- b) Enfermos mentales. En manicomio judicial:
 - Lo principal es su identificación y diagnóstico.
 - Necesidad de psiquiatra.
 - Deben ser instituciones de alta seguridad.
 - El problema del psicópata.
 - El personal debe ser numeroso y especializado.

Otro sistema especial dentro de esta clasificación, lo es el Borstal; un sistema fundado por Evelyn Ruggles Brise en 1901 en un reformatorio para menores reincidentes entre 16 y 21 años de edad, su éxito estuvo basado en la ley inglesa conocida como de prevención del crimen de 1908, por la cual se indicaba que los menores reformables fueran mandados a la Institución Borstal.

Las características principales son:

1. Sentencia no menor de 9 meses ni mayor de tres años.
2. Selección rigurosísima.
3. Diferenciación de establecimientos (hay Borstal para: normales, deficientes, peligrosos, rurales, urbanos, etcétera).
4. Existencia de grados:
 - a) Ordinario (dura tres meses, es un período de observación en el que no hay visitas, ni comunicación con e exterior, ni juegos, etcétera).

b) Intermedio, dividido a su vez en dos períodos de tres meses cada uno, en que se va permitiendo tener comunicación con los demás, instrucción, juegos, etc.

c) Probatorio, aumenta las franquicias, lectura diaria; juego en campo exterior, etcétera.

d) Especial. Equivale a libertad condicional, aunque sin salir del establecimiento pero con gran libertad, se puede fumar, se forman clubs, etcétera.

5. La llave maestra del sistema está en el personal, el cual es extraordinariamente bien seleccionado. Existe un Consejo de Borstal.

6. La instrucción es muy amplia y contempla todos los aspectos.

7. La disciplina se basa en la persuasión y en la confianza.

8. No existen uniformes.

Otro sistema especial es el *Reformatorio*, aunque con interesantes antecedentes europeos, puede decirse que se funda en la Isla de Randal, Nueva York, 1825, U.S.A; Fue aprobado en 1870 por el Congreso Penitenciario de Cincinnati.

Las ventajas sobresalientes de este sistema de reformatorios son:

1. La principal ventaja es la aplicación de la condena indeterminada.

2. La separación de jóvenes delincuentes para buscar un tratamiento especial.

3. El examen del sujeto al ingresar.

4. La selección de reclusos.

5. La clasificación de los mismos.

6. La libertad vigilada.

Con el devenir histórico surge otra figura dentro de los sistemas penitenciarios denominado *al aperto* como lo habían planeado los italianos, consistente en dejar en semi libertad o libertad vigilada a los presos o prisioneros de guerra, este tipo de sistema tiene cabida ante la imposibilidad física de mantener una gran cantidad de reclusos en las cárceles antiguas y sobre pobladas.

Surge así una modalidad de sistema especial denominado establecimiento abierto, el cual designa al centro de reclusión espacios celulares sin murallas o prisiones que prevean un régimen abierto en el interior de las murallas, o también prisiones en las que el muro está reemplazado por una custodia especial, debiendo ser más descritas como mediana seguridad. La característica esencial de una institución abierta, debe residir en el hecho de que se solicita a los reclusos someterse a la disciplina de la prisión, sin una vigilancia estrecha y constante y en que el fundamento del régimen consiste en inculcarles el sentimiento de la responsabilidad personal.

El establecimiento abierto se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión, así como un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive, este régimen alienta al recluso a hacer uso de las libertades, que se le ofrecen sin abusar de ellas²³.

Siendo estas características las que distinguen al establecimiento abierto de otro tipo de establecimientos penitenciarios, algunos de los cuales se inspiran en los mismos principios, pero sin aplicarlos totalmente.

²³ ibídem, p. 250; Rodríguez Manzanera Luis, *Penología*, México, Porrúa, 1998.

CAPITULO TERCERO
SISTEMATICA NORMATIVA EN LA IMPOSICIÓN DE LA
PENA DE PRISIÓN.

3.1. ANÁLISIS AXIOLOGICO EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE
PRISIÓN.

El delito es un hecho natural, tan común en las comunidades primitivas y en las modernas, como hemos analizado dentro del presente trabajo en otros apartados, en un principio, el respectivo castigo de estas conductas quedaba al arbitrio de las clases reales y sacerdotales primero y después del ofendido o del jefe familiar; no existía un código punitivo que castigara determinada conducta prohibida con una determinada sanción, con la creación del estado moderno y el principio de la división de poderes, se estableció 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, sancionarlas, a fin de que los gobernados conozcan su vigencia.

Por lo anterior debemos decir que, siempre ha habido grupos de interés en la formación y aplicación del derecho, así como también; ha existido la reacción social al comportamiento desviado en cuanto a ella precede, como control social no institucional, por ende el control social de la desviación por medio del derecho y de los organismos oficiales de aplicación del mismo.

Sin embargo; en la imposición de una sanción, para con las conductas desviadas, debemos analizar no sólo el aspecto técnico jurídico penal, sino además en primer lugar; los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado, en segundo lugar, se estudiarán los efectos del sistema entendido como aspecto institucional de la reacción al comportamiento desviado y del control social correspondiente; y en tercer lugar el comportamiento concerniente a lo siguiente:

a) Las reacciones no institucionales al comportamiento desviado, entendidas como un aspecto integrante del control social de la desviación, en convergencia con las reacciones institucionales.

b) Las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económico, social.

Así, 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. En este sentido nos refiere Jorge Ojeda Velázquez; que otros aspectos importantes para manejar y alejar a las personas de la tentación de cometer delitos y tener buenos súbditos y gobernados los es la educación familiar, las normas de urbanidad y religiosas, y cuando estos factores o agentes fracasan, se recurre como razón última a la norma jurídica penal, aun cuando no sea el recuso más idóneo ni deseable para enfrentar el evento antisocial. Existe también el principio de mínima intervención para el derecho punitivo, teniendo en cuenta que por otros medios se pueden lograr los mismos objetivos¹.

En el presente apartado, ahondare mi estudio sobre los aspectos que influyen para la imposición de la pena privativa de libertad y al respecto debemos considerar que influyen:

¹ Ojeda Velázquez Jorge, *Derecho Punitivo*, México, Trillas, 1998, p. 87.

1) La reacción social, mediante la opinión pública respecto a esta sanción punitiva, por parte de diversos sectores de la sociedad (religiosos, agrupaciones políticas, organizaciones no gubernamentales, sociedad en general, medios de comunicación etc.).

2) La intervención de la actividad estatal a través de sus instituciones, respetando el principio de división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que en su competencia y mediante sus facultades bien definidas de cada uno de estos poderes, justifican la existencia del marco normativo y de su aplicación, logrando con ello la creación de un Estado de Derecho Armónico, Justo y Equitativo, mediante políticas públicas que brinden a los gobernados, seguridad, paz social, sana convivencia y sustentabilidad de vida y obligando al estado a cumplir su encomienda hacia con sus gobernados.

3) Comportamientos y estructuras sociales, Normas y estructuras normativas.

La potestad que el estado, tiene de garantizar el orden social así mismo; de brindar la seguridad que le es exigible, por la sociedad y sus gobernados, tiene sustento en el derecho a castigar, mal entendido ya en nuestros tiempos por algunos actores sociales, pues su actuar político deja mucho que desear, imponiendo con ello un ambiente de control e intimidación a través de la coacción estatal.

Hemos analizado por aparte en este trabajo, que la imposición de la pena privativa de libertad (prisión), frente al fenómeno delictivo, no es suficiente; pues basta decir que a pesar de que se incrementa la pena de prisión en nuestros códigos penales y en la práctica las decisiones judiciales de nuestros jueces y magistrados, que sobra decirlo en algunos casos son tan elevadas, contrarias a la dignidad de las personas y a las normas que salvaguardan derechos fundamentales, imponiendo incluso sanciones que

elevan el promedio de vida de quienes deben de compurgarla; ni con todas estas decisiones las conductas ilícitas disminuyen, así mismo; son indicativas las estadísticas, que señalan los altos índices de reincidencia, entre otros factores, lo que demuestra que hoy día la pena privativa de libertad no cumple ese efecto intimidatorio ni mucho menos ejemplarizador que se pensaba en tiempos pasados.

Por tal motivo la imposición de la pena privativa de libertad no tiene que ser vista como un fin o un remedio único, frente a las conductas desviadas, no así; un medio que conlleve a tomar una serie de decisiones jurídicas, políticas y sociales que confronten de forma multifactorial, el fenómeno delictivo.

3.1.1. REACCIÓN PENOLÓGICA ANTE EL DELITO.

Este tipo de reacción es consecuencia inevitable de lo que representa el avance de la ciencia jurídica y ramas auxiliares, para estudiar con detenimiento orígenes, estructura, modus operandi, de las acciones delictivas, tomando en cuenta la opinión y reacción pública, así mismo; del actuar estatal frente a los actos ilícitos o delictivos, es pues; la reacción social jurídicamente organizada, que no es otra cosa que la especialización de algún modo, de la embestida que el aparato estatal y social, tiene para con todos aquellos que han decidido apartarse de las normas que impuestas por la sociedad, hoy son un problema que ha rebasado ya nuestras instituciones.

De esta forma, para comprender esta parte del trabajo es necesario estudiar lo que significa penología, entendida esta, como una ciencia auxiliar de la criminología y así; tenemos la definición clásica dada por Cuello Calón, citado por el autor Rodríguez Manzanera Luis, quien

refiere que la penología es: *el estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), sus métodos de aplicación, y de la actuación pos penitenciaria*².

Definición de la que desprendemos que la penología, vista como una ciencia auxiliar, tiene su objeto en la pretensión de afinar con sus consejos la aplicación de las normas que modulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, se trata de una ciencia que estudia la conducta de los hombres que cumplen parte de su vida, determinadas condenas que los privan de su libertad o de ciertos derechos ajenos a ella.

No obstante lo reseñado aquí, no debemos de perder de vista que la penología, tiene por encomienda; el estudio de las diversas formas de control social, que son más eficaces para impedir que los individuos cometan conductas indeseables.

Aunque en el fondo, el estudio de la reacción social como fenómeno bio psicosocial, es el meollo de la penología y cuando estudia, la reacción social jurídicamente organizada (y su forma más grave, la reacción penal), no lo hace desde el punto de vista jurídico, sino desde el enfoque fáctico es decir; que no toda conducta que provoca una reacción social, está tipificada penalmente y no toda reacción se encuadra entre las penas y las medidas de seguridad, esto último se explica porque no es posible, que con el establecimiento del derecho penal y la aplicación de penas privativas de libertad, mediante la represión del aparato estatal, se logre evitar el delito; tal y como lo hemos podido demostrar en apartados reseñados con anterioridad al presente.

² Rodríguez Manzanera Luis, *Penología*, México, Porrúa, 1998, p.2

De esto último resaltamos dos puntos importantes: el primero de ellos, que tiene que ver con la aplicación de controles y políticas sociales, que combatan el delito, dentro de los que no cabe sólo la implementación del derecho penal a través de la aplicación de penas y medidas de seguridad; por el contrario debemos de velar que el estado aplique otras políticas sociales, que aunadas a la participación de la sociedad en general, disminuyan las estadísticas delictivas que en ocasiones suenan alarmantes.

En segundo lugar, debemos llegar al punto de que las reacciones sociales frente al delito, nos lleven a reforzar las normas jurídicas entorno al sistema penal que hoy día nos rige, no para endurecer las penas como piensan algunos políticos, irrazonables frente a la realidad del delito, más bien para reforzar nuestro sistema penal en todo su entorno, característica primordial dentro de un estado social, democrático de derecho, mediante la revisión de las normas y del ordenamiento penal que se aplica hoy día en nuestro país, que es en sí; lo que en el presente trabajo nos interesa destacar.

En opinión personal, la reacción penológica debe ampliar su campo de conocimiento y no debe limitarse aplicando una simple teoría de tratamiento (dedicándose a estudiar las conductas de aquellos quienes se encuentran purgando una pena privativa de libertad); pues la realidad social, rebasa el nivel individual, debiendo también incluir en su estudio la teoría de la prevención general y que entre sus postulados encontramos los siguientes: a) Prevención del delito b) Disuasión o neutralización del delincuente y c) Descriminalizar y despenalizar ficciones normativas que no aplican a la realidad social de nuestro país.

Esto es, que la reacción penológica, debiese estar menos viciada por la represión estatal mediante su sistema penal, por medio de la imposición

de sanciones y que en nuestro sistema judicial se ha hecho costumbre la utilización e imposición de penas privativas de libertad, para todos aquellos que infringen las normas (lo cual no es suficiente, para confrontar las conductas ilícitas); encaminando a un solo fin, la búsqueda del bienestar y protección de la sociedad, logrando consecuentemente el fin último de aminorar las conductas desviadas.

3.1.2. REACCIÓN JURIDICA-PENAL PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN LA COMISIÓN DE UN DELITO.

Aquí, haremos alusión, a la manera en que se encuentra redactado, el ordenamiento legal y la metodología que señalaron nuestros legisladores, en la aplicación de la pena privativa de libertad; ahondando nuestro estudio en los resquicios legales, que hoy día contravienen la sistemática penológica, consecuencia de una mal aplicada técnica legislativa en nuestros ordenamientos jurídicos, que redundan en una falta de coherencia en nuestra legislación penal y peor aún, en una falta de coherencia de la norma frente a la realidad social.

Una primera consecuencia de la reacción jurídica-penal, frente al delito lo es la pena privativa de libertad, la que puede tener varios fines, y que en anteriores apartados se han señalado, sin embargo; es la prevención general implantada a través de la publicidad de estas normas la que 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.

La dinámica de creación de la norma jurídica penal encuentra su legitimación, en la necesidad social derivada de la constante y creciente realización de conductas, que en un momento histórico la opinión pública, cataloga como alarmantes o antisociales y reacciona recurriendo al poder legislativo a fin de que éste mediante el consenso partidario, que no es más que el de la sociedad representada políticamente, se eleve a la categoría de delito y permanezca en la norma como una institución jurídica, cuya infracción será valorada posteriormente como antijurídica por otro poder del estado, el poder Judicial.

Toda conducta antisocial merece ser tipificada, sin embargo; para determinar la punibilidad, los congresistas deben tomar en consideración, el principio de proporcionalidad, esto es; que la sanción que se tipifique pensada para cierta conducta ilícita, no exceda el daño causado con la misma, es decir; que sea igual en la medida de lo posible, la punibilidad de la conducta típica, a la proporción del daño que se causo con la antijuridicidad del hecho, situación que en nuestro sistema legal le compete únicamente determinar al poder legislativo, pero es el poder judicial al que le tocara valorar e individualizar, que tipo de sanción y el quantum de la misma, ya que es este; en última instancia el competente para establecer una sanción al procesado se cual sea su naturaleza.

Luego entonces, en la imposición de la pena privativa de libertad como sanción a la comisión de un hecho antisocial, influyen los tres poderes como lo señalamos en los párrafos que anteceden y la reacción jurídica penal en su imposición, es consecuencia directa de la intervención de todo el aparato estatal, con participación de la sociedad

en general, mediante la reacción social; reacción que no puede pasar por alto todo el legajo normativo existente para la sanción de un hecho delictivo, pues estaríamos en presencia de una sociedad primitiva. En una sociedad democrática, libre, merecedora de un estado de derecho, siempre debe de prevalecer un equilibrio normativo y evitar al por mayor la existencia de contradicciones de las normas impuestas para regular la vida social, ya que depende de este equilibrio la prosperidad de nuestro pueblo.

En el mundo penal debemos reconocer tres grandes momentos: el momento en que la norma es creada, el momento en que esa norma es violada y por tanto se impone la sanción y el momento en que esa sanción se ejecuta, por ende la reacción penal puede clasificarse de acuerdo a su autonomía, duración, divisibilidad, aplicabilidad, reo, fin y bien jurídico, toda vez que; el poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo intervienen en el gran drama penal.

En nuestra opinión la división de poderes y por lo tanto, la división de funciones en todo el ramo penal es conveniente, para lograr un adecuado equilibrio y para alcanzar una efectiva individualización de la reacción penal, siempre y cuando se respeten en los hechos las funciones que a cada uno les compete.

Si el legislativo fue injusto al hacer la norma, si el legislativo se equivocó al dar características de ilicitud a cierta conducta que no es suficientemente antisocial, o dio una punición desproporcionadamente elevada, el juez debe remediar en parte esta injusticia, el juez puede aplicar los mínimos que marca la ley, pudiendo entonces hacer un contrapeso a los errores del poder legislativo, a su vez el ejecutivo al aplicar la sanción, puede en mucho; remediar un error del juez.

Desgraciadamente los errores legislativos difícilmente son remediados en su totalidad, pero por lo menos el ejecutor puede hasta cierto punto, aliviar la sanción cruelmente impuesta por el juez injusto.

Por el contrario, si el legislador fue excesivamente benévolo y punibilizó una conducta altamente dañosa con una pena leve, el juzgador puede reparar esta omisión aplicando el máximo legalmente permitido. Por su parte el ejecutivo, en los casos en que el juez complaciente o mal enterado, determinó una punición inadecuada por su escaso poder preventivo a un sujeto muy peligroso, podrá dar modalidades a la ejecución que garantice realmente los intereses y la seguridad de la sociedad.

No solamente debe haber contrapeso entre los poderes, sino que debe buscarse un sistema en el cual exista vigilancia entre los mismos, el legislador no debe concretarse a hacer la ley, redactarla y aprobarla, pensando que con esto ha cumplido su misión; el juez no debe dar por terminada su función en el momento en que dicta sentencia, el ejecutivo por su parte no puede limitarse a ser un simple verdugo.

El poder legislativo debe tener comisiones, que orienten al juzgador sobre el espíritu de la ley y aclaren los puntos oscuros y estén pendientes de que la ley efectivamente se aplique, en ninguna forma pensamos que el legislativo substituya al judicial en su misión de interpretación de la ley, pero sí creemos que puede ser de gran ayuda.

Para nuestro estudio, aquí sugerimos; que los legisladores organicen una comisión de vigilancia, que tenga por encomienda la correcta aplicación de la pena; el conocimiento de la realidad penitenciaria redundaría en leyes más justas y más reales, evitando con ello injusticias pues los representantes directos del pueblo o sus comisionados estarían obligados a visitar las cárceles.

También el poder judicial debiese estar enterado de los proyectos de leyes, antes de que éstos sean aprobados, quizá debería tener un representante ante la legislatura, logrando así leyes más técnicas, pues se trata de jurisprudencias. También se obtendrían leyes más reales, indicando al legislador las dificultades procesales que puedan presentarse y proponiendo las penas o medidas adecuadas para la individualización judicial de la pena.

El juez no debe desligarse del reo que ha sentenciado, por el contrario, debería seguirlo durante la ejecución de la pena, pudiendo hacer una mejor individualización de la misma, nuevamente señalamos que nuestra idea no es que el poder ejecutivo se vea substituido por el judicial, por el contrario; que encuentre en él un eficaz colaborador para la celeridad de ciertas medidas.

Las autoridades de ejecución penal deben intervenir en todos los casos en que se legisle en materia penal, pues ellos saben cuáles son las necesidades, carencias y pueden informar al legislador de la realidad penológica y de las dificultades de ejecución.

Los encargados de la ejecución penal deben también tener gran contacto con los jueces, ilustrándolos acerca de los resultados obtenidos por las penas dictadas por ellos, a través de todo el tiempo

de reclusión, así como del desarrollo del tratamiento, de los recursos o diligencias pendientes, de las peticiones de los penados, de la posibilidad de la sustitución de determinadas penas, la evolución de la reintegración del recluso a la sociedad y el informe de si se ha llevado a cabo, el fin para el cual fue impuesta la pena privativa de libertad etc.

Podemos observar, que para el desarrollo de estas propuestas tendría un gran peso, los informes de las autoridades penitenciarias, en las que recae la evolución de la pena de prisión, desde el inicio de su reclusión y hasta determinada cantidad de tiempo purgando su condena. Podemos observar que una de las preocupaciones más comunes en los tratamientos, son la individualización y la proporcionalidad de la *reacción penal*; el problema tiene solución siempre y cuando, exista un arsenal suficientemente vasto, con una variedad que permita escoger la sanción según la gravedad del delito, el daño causado y de acuerdo con la personalidad del delincuente, implementando un sistema de penas cortas y largas de prisión, situación que más adelante ahondaremos en este estudio.

3.1.2.1.- MARCO CONSTITUCIONAL RELATIVO A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

En el presente trabajo, pensamos en realizar un análisis de nuestro marco normativo, para imponer la pena de Prisión y siguiendo la Jerarquía de las normas, de acuerdo con la pirámide de Kelsen; empezaremos por la norma fundamental, que lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aclarando que en este trabajo

realizaré mi análisis con la redacción del texto constitucional de 1917, hasta antes de la reforma de 2008, ya que si bien es cierto; el texto sufrió algunas modificaciones con esta última reforma, la aplicación de estas adecuaciones será hasta tres años posteriores a su publicación, tal y como se estableció, en uno de los artículos transitorios de la citada reforma, siendo además tema de otro estudio. Ahora bien, en este apartado en orden jerárquico, realizaremos el análisis de cada una de las normas secundarias en materia penal, esto es el código penal federal y el del Distrito Federal, realizando además un breve estudio de la ley de ejecución de sanciones y algunos reglamentos penitenciarios para ampliar el campo de estudio de la presente investigación.

Con la aclaración hecha acerca de la redacción utilizada en esta investigación, respecto de la reforma constitucional y la utilización de la del texto constitucional vigente hasta antes de la reforma de 2008, diremos que; el fundamento legal para la imposición de una pena privativa de libertad, en el derecho punitivo mexicano encuentra sus bases constitucionales y límites precisos de legalidad en los siguientes artículos de nuestra Carta Magna:

Artículo 14.- En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Artículo 17.- Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.

Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva.

El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión

La infracción de esta disposición hace responsables a la autoridad que ordene la detención o la consienta, ya los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

Fracción VIII, Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo.

Fracción X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivase el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial... Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas;

Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delirios graves del orden militar.

En la redacción del texto constitucional observamos, que por lo que hace al *ius puniendi*, la Constitución Federal Mexicana funda su origen en el contrato social, según lo establece el artículo 39.- Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. Según los artículos 41 y 49 constitucionales, el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión, que para su ejercicio funcional se dividen en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Poder Ejecutivo tiene facultad, de acuerdo con el artículo 89 constitucional, fracción XIV, para: Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal.

A su vez, el poder legislativo tiene facultad, según el artículo 73, fracciones XXI y XXII: Para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; para conceder amnistías por

delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación. Depositándose el ejercicio del poder judicial federal, conforme al artículo 94, en una suprema corte de justicia, en tribunales de circuito: colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación, y en juzgados de distrito.

El poder judicial federal, de acuerdo con el artículo 104 constitucional, conoce y resuelve, entre otras cosas: de todas las controversias del orden criminal. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del distrito federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De conformidad con el artículo 107, fracción V, inciso a) en materia penal, conoce de resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares. En el fuero común, el poder judicial se ejercita a través del tribunal superior de justicia, los jueces de primera instancia y los mixtos de paz o juzgados municipales³.

Observamos en el análisis realizado en párrafos que anteceden, que de la carta magna se desprende todo el orden normativo, que rige la vida de los mexicanos y fue pensada en la búsqueda del equilibrio de poderes, propios de un territorio federal y democrático, con lo que se evitaría que los órganos del estado, trasgredieran la vida de los gobernados.

3.1.2.2.- MARCO NORMATIVO APLICABLE EN LA

³ Dr. Rubén Delgado Moya, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 18ª ed; México, Editorial Sista, 2008.

IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

Es necesario tener un panorama de todo el aparato legislativo existente en torno a la sistemática penal y penitenciaria, para poder ampliar nuestro criterio en torno a la imposición de una pena privativa de libertad, pues de toda esta normatividad depende en más de las veces la decisión de castigar una conducta antisocial, mediante una sanción privativa de libertad.

Al comenzar nuestro estudio dogmático de la imposición de la pena privativa de libertad contemplada en la legislación penal, es necesario señalar, que la misma se encuentra revestida de una mixtura de elementos de carácter retributivo y preventivo que la nutren, por lo que es preciso; antes de comenzar, mencionar la clara influencia del positivismo criminológico en nuestro código penal, que lo inclina hacia un código de tipo preventivo especial con tintes de retribucionismo, siendo la legislación vigente relacionada con este apartado la siguiente:

- Código Penal Federal (los correspondientes a cada Estado).
- Código Penal de Procedimientos Penales (los correlativos del fuero común).
- Ley que establece Las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.
- Leyes Penales Especiales (Caso específico Ley de Ejecución de Sanciones penales para el Distrito Federal, Reglamento de la Comisión Técnica de los Reclusorios y Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social para el Distrito Federal).

Dentro de las fuentes legales secundarias, que se requieren para la imposición de la Pena de Prisión, analizaremos en primer lugar el Código Penal.

El Código Penal como derecho sustantivo determina los tipos de medidas aplicables a aquel que se halle culpable de una acción antijurídica, o a quien como inimputable se haga acreedor de una sanción administrativa.

El artículo 24 del Código Penal Federal enumera como penas y medidas de seguridad:

1. Prisión.
 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
 4. Confinamiento.
 5. Prohibición de ir a lugar determinado.
 6. Sanción pecuniaria.
 7. (Derogada).
 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
 9. Amonestación.
 10. Apercibimiento.
 11. Caución de no ofender.
 12. Suspensión o privación de derechos.
 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
 14. Publicación especial de sentencias.
 15. Vigilancia de la autoridad.
 16. Suspensión o disolución de sociedades.
 17. Medidas tutelares para menores.
 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.
- Y las demás que fijen las leyes.

En este capítulo, como resumen analizaremos la parte del drama penal, que contempla la legislación procesal penal, por lo que haremos mención del esquema que maneja el código de procedimientos penales, para fijar las formas y series de actos procesales que conducen a aplicar legalmente las sanciones señaladas con antelación, tomando en consideración que el fin último del procedimiento es la imposición de una sanción, cualquiera que sea su naturaleza; en el supuesto de haberse acreditado culpabilidad de un sujeto.

Dicho lo anterior es necesario mediante un proceso penal precisar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aconteció la lesión o daño al bien jurídico, adecuando los elementos del tipo penal del delito de que se trate; a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodearon a la realización del injusto, sin dejar del lado principios garantistas de certidumbre y seguridad jurídica, los cuales una vez analizado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del acusado, son referentes en la individualización de las sanciones y que a continuación mencionaremos:

I. El juzgador no debe olvidar que la aplicación de las sanciones está rigurosamente disciplinada por el principio de legalidad, de cuyo contenido se derivan las siguientes garantías:

- a) De irretroactividad: "Ninguno puede ser castigado, sino en virtud de una ley que hubiere entrado en vigor antes del hecho cometido". En este renglón se recomienda al juzgador vigilar si el hecho se cometió bajo el imperio de la antigua ley o de la nueva, recién entrada en vigencia.
- b) De la reserva de ley: "Ninguno puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley" (*nullum crimen sine lege*).
- c) De taxatividad: "Ninguno puede ser castigado con una sanción que no esté prevista por ley alguna" (*nulla poena sine lege*).

Estos principios consisten en la prohibición de que el juez extienda la norma que sanciona la aplicación de penas por vía de analogía (artículo 14 constitucional) y aplique tales sanciones más allá del tiempo de su vigencia y de los casos que el legislador haya previsto expresamente, pues éste se reservó la facultad de determinar los hechos que constituyen delito, así como las relativas sanciones. El juez no tiene poderes para infligir sanciones a casos no considerados taxativamente por la ley ni para aplicar penas diversas de aquellas contempladas en la misma, aunque él crea que esto sería lógico, justo u oportuno con base en esas exigencias racionales, o bien debido a ideas éticas o sociales, pues de otra manera violaría garantías.

De ahí que se diga que el código penal es la carta magna del delincuente, porque éste no podrá ser castigado si no ha cometido alguna de las conductas prohibidas en dicho código.

2. El juzgador debe observar la garantía de inderogabilidad de la sanción, que por regla general siempre se debe aplicar al autor de la violación de la norma jurídico penal, a fin de conservar la eficacia intimidatoria sobre la generalidad de los ciudadanos. No debemos ocultar que existen excepciones a este principio, como lo es el perdón judicial y la condena condicional, que se pueden aplicar en ciertos casos especiales (artículos 55 y 90 del Código Penal Federal).

3. Debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad de la sanción.

La pena debe ser proporcional al delito cometido, y para ello debe tener en cuenta la gravedad de la culpa en el hecho cometido y no la peligrosidad social del sujeto, como erróneamente en la actualidad se individualiza judicialmente a las sanciones, máxime que el derecho punitivo mexicano debe estar fundado sobre bases democráticas. En un derecho penal liberal se

castiga al hombre delincuente por lo que hizo, es decir, por el hecho antijurídico por el que esta siendo juzgado, relacionándolo con el grado de culpa en él desarrollado. En un sistema de derecho penal totalitario, al delincuente se le castiga por lo que es, por su conducta presente, pasada y futura, es decir, por lo que hizo y por la probabilidad que tiene de cometer nuevamente un delito, parámetros calibrados a través de su peligrosidad social.

Culpabilidad y peligrosidad social son dos términos antagónicos en la relación dialéctica del castigo, en donde la tesis se refiere al hecho y la antítesis al autor del ilícito. Como hemos apreciado en la aplicación de las sanciones penales, el juzgador tendrá en cuenta:

a) La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutar la conducta, la extensión del daño causado y del peligro corrido.

b) La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.

c) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

La temibilidad se toma aquí como sinónimo de peligrosidad, aun cuando refleja técnicamente el índice de estado peligroso latente en el hombre delincuente, y es el factor que sirve a la autoridad judicial para individualizar las sanciones y que, de acuerdo con la conducta de vida observada antes y después de cometer el delito, auxilia al juzgador para darse una idea general del grado de peligrosidad social.

La peligrosidad social, manejada por el Poder Judicial como uno de los parámetros principales que sirven para individualizar las sanciones, es un concepto subjetivo que no se puede captar en fórmulas abstractas de predicción, ya que consiste en la probabilidad de que en el futuro un sujeto vuelva a cometer más delitos, lo que nos lleva a imponer un doble castigo: quia peccatum est et ne peccetur, es decir, por el hecho cometido y para que no vuelva a cometer más ilícitos.

La reincidencia, al igual que la habituación y el profesionalismo en el delito, son hijos de la peligrosidad social y nietos del positivismo italiano que, a su vez, es ideología punitiva de un régimen totalitario, es de hacer notar que la gran mayoría de nuestros códigos penales, se consideran mitad clásicos, mitad positivistas y siguen esta tendencia indefinida.

4. Por último, el juzgador no debe olvidar que la sanción *debe ser personal*, porque debe disminuir o privar de sus bienes solamente al autor de un delito; para lograr este objetivo, hay que escudriñar la esfera íntima de personalidad del delincuente y su relación con los sujetos que lo rodean.

El carácter personalísimo de la punición obliga al juez penal al conocimiento personal del expediente y del procesado, así como a allegarse de los dictámenes periciales, principalmente del clínico-criminológico, que lo ilustrarán sobre la estructura de personalidad del sujeto, los motivos que lo impulsaron a cometer el delito y el grado de peligrosidad del mismo.

En el Distrito Federal y otros estados de la República que cuentan con una enorme capacidad económica y estructura técnica eficiente, las leyes penales y de ejecución de sanciones permiten al juez valerse de los dictámenes criminológicos y demás elementos requeridos por el artículo 52 del Código Penal, para aplicar correctamente las sanciones penales.

3.1.2.2.1.- REGLAS GENERALES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE

LAS DISTINTAS SANCIONES PUNITIVAS CONTEMPLADAS EN LA LEY.

El proceso de aplicación de las sanciones es un proceso relacionado con el poder discrecional del juez, la reacción jurídico penal que ahora abordaremos tendrá que ver con la aplicación en concreto de ese 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.

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. También la facultad discrecional del juzgador puede ceñirse a la consulta de jurisprudencia que 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, será su recta interpretación de la norma positiva la que irá formando nuevas tesis que quizás derogarán viejos criterios, los reformarán y harán surgir jurisprudencias nuevas de acuerdo con la dinámica social del derecho.

El juez se encuentra frente a una punibilidad determinada dentro de un máximo de cuotas sancionadoras, establecidas en la ley; así, el poder discrecional del juez se encuentra vinculado con otras normas del ordenamiento punitivo, lo cual quiere decir que; dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito.

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 arco punitivo, dentro del mínimo y máximo de cuotas sancionadoras impuestas por otro poder del estado, el legislativo.

Aun 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. Sólo se le exige que vincule esa discrecionalidad a una norma enunciativa, que es aquella que caracteriza al modelo de punición judicial mexicano.

Para los efectos de la punición, podemos dividir estas circunstancias en objetivas y subjetivas; siendo 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 cómo son la imputabilidad, la primo incidencia, la reincidencia y la habitualidad.

Cuanto más dañosa aparezca la modalidad de la conducta, cuanto más riesgosos 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. Por ejemplo, no se aplicará la misma pena para un robo de un millón de pesos que para el robo de un mil pesos; para un robo simple que para otro realizado con violencia; o para uno en que se utilizó un arma punzo cortante, que no para otro en que se usaron metralletas o armas sofisticadas.

El juzgador deberá tomar también en consideración la conducta precedente, los antecedentes y condiciones personales del agente es decir el factor socioeconómico del delincuente. Imaginemos, por ejemplo, que el procesado es un joven que vive en una zona altamente criminógena de la ciudad de México, 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 al 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 una zona cuyos habitantes tienen una capacidad económica y cultural y un nivel de vida medio alto.

El análisis de las condiciones 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, ya 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. Por ello, en el momento de la punición estas condiciones son tomadas como atenuantes, siempre que quede demostrado que el inculpado no se colocó dolosamente en ese estado. El mismo razonamiento podría hacerse respecto de los estados emotivos o pasionales, los cuales si bien no excluyen ni disminuyen la imputabilidad, sin embargo pueden influir sobre la medida de la responsabilidad penal a manera de atenuante genérica.

La edad del delincuente revelará al juzgador que 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 primo delincuente.

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.

3.1.2.2.2.- CRITERIOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

Habíamos anticipado que la determinación de la pena corresponde al legislador y consiste en la sanción abstracta, que en nuestro actual sistema jurídico mexicano, se fija en amplios márgenes de mínimo a máximo, generalmente en penas de prisión y multa u otras alternativas. Cuando la determinación de la pena la efectúa el juzgador hablamos de individualización de la sanción.

Como hemos señalado a lo largo del presente estudio, es necesario encontrar y analizar los criterios para la correcta y racional aplicación de las consecuencias penales del delito, su medida, límite y su fin.

Se ha señalado brevemente la importancia de la delimitación de los fines de la pena, ya que ello permitirá tener un marco de acción bien definido y un paradigma de lo que se pretende lograr con la finalidad de la pena, que igualmente deberá quedar individualizada, para poder integrarlo mejor a una sociedad determinada, pues un sujeto recluso no puede dejar de ser miembro de la sociedad que goza de plena libertad de sus derechos.

Pero además de la propia delimitación de los fines (que en principio implica una gran discusión), también habría que atender a los aspectos propios del injusto y por supuesto de la culpabilidad, es decir, al hablar de estas dos categorías del delito, nos encontramos de frente con el problema del control racional de la definición de dichos elementos, es decir, *al momento de encontrar o buscar la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales, nos enfrentamos a un problema de técnica legal, ya que las reglas para la comprobación del injusto y de la culpabilidad solo ayudan de pronto a constatarlas mas no ha graduarlas.*

Es por ello, que el contenido del injusto y de la culpabilidad del delito, merecen una importancia fundamental en el proceso de individualización de la pena.

Al respecto podríamos afirmar que, son fundamentales para la individualización de la pena, *la importancia del delito para el orden jurídico vulnerado (contenido de injusto)*, y *la gravedad del reproche que al autor debe hacersele por dicho delito (denominado también contenido de culpabilidad)*.

Ambas categorías injusto y culpabilidad, están fuertemente relacionadas; ya que la culpabilidad se remite al injusto, pero la culpabilidad pese a ello contiene elementos autónomos que carecen de paralelo en el injusto del delito (grado de imputabilidad, la evitabilidad, etc.).

Por ello el injusto y la culpabilidad son o deberían ser conceptos graduables, si se les entiende como elementos a tomar en cuenta en todo proceso individualizador, Hans Jescheck al preguntarse, si se puede graduar el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho; sostiene que, la magnitud del daño, el modo de ejecutar el hecho y la perturbación de la paz jurídica, contribuyen a configurar el grado del injusto, al igual que la desconsideración, la reflexión, la situación de necesidad, la tentación, las pasiones que menoscaban las facultades de comprensión y control de la juventud, los trastornos psíquicos o el error, han de tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad.

El alcance de la lesión jurídica.- Para poder obtener una magnitud de la lesión podemos atender a la calidad del daño causado, lo cual traería como consecuencia un sentido agravatoria o atenuante, en lo que a las consecuencias del delito se refiere, dependiendo la importancia del bien (cualitativamente) y al grado de afectación del mismo (cuantitativamente).

También debe considerarse en algunos casos, el grado de la puesta en peligro del objeto protegido, por ejemplo en las tentativas y en los delitos de peligro. El mismo autor Jescheck al que nos venimos refiriendo considera que

operan como factores que aminoran la pena, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima.

Así mismo este autor señala que, la medida de la infracción jurídica depende también de la forma de ejecución del delito⁴, (por ejemplo en el robo o hurto de valores para agravar las pena, el posterior hecho violento del acusado, en lesiones la particular brutalidad del suceso y en delitos de daño en propiedad ajena con motivo de tránsito de vehículo, la exagerada velocidad).

En lo que respecta a la voluntad aplicada al delito, este autor considera que, es así mismo un factor del aspecto subjetivo de la ejecución del hecho contribuyente a la individualización, pero para ello es necesario diferenciar entre diversos grados de dolo.

Para poder modular o decidir por ejemplo los conceptos de gravedad del hecho y en todo caso la personalidad del delincuente, debemos partir de la base de que tales conceptos necesitan mayor precisión, es decir, deberíamos expresar la orientación que debe presidir su aplicación y conformar ciertos indicios sobre su contenido material, para con ello, poder facilitar y poder observar con un poco de mayor claridad la oscilación en dicha gravedad, en el primer caso, y los elementos determinantes, en el segundo.

Pero como ya señalamos anteriormente, el hecho de tratar de conjuntar y analizar los diversos aspectos materiales de comprobación o graduación de algún concepto individualizador, no quiere decir que eso sea suficiente. No se trata de procesar la información como una computadora sino de racionalizar un poco la individualización de la pena. Ya lo dijo un autor llamado Haag, la

⁴ Jescheck Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4ª ed; traducción Dr. José Luis Manzanares Samaniego, México, 1995, p.214.

sentencia es un proceso complejo en la que influyen diferentes fuerzas, racionales e irracionales e incluso componentes emotivos.

Dicho lo anterior podemos agregar que, el concepto de gravedad del hecho como actuante en la individualización de la pena ha sido estudiada por la doctrina italiana, por ejemplo Manzini, estudia como componentes de la gravedad del hecho:

- La modalidad del mismo (acción u omisión).
- Su naturaleza.
- Especie.
- Medios.
- Objeto.
- Tiempo.
- Lugar.
- Gravedad del daño o peligro ocasionado a la persona.
- Intensidad del dolo o del grado de culpa.

La gravedad se desprende de las características objetivas y subjetivas del hecho criminal, esto es, de todas las notas que conciernen bien a la conducta humana y las consecuencias nocivas que de ella se derivan, bien a la especie de la voluntad culpable y al quantum de la misma.

Otro autor Bellavista, incluye todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, agrupados en:

- 1).- Gravedad de la acción u omisión.
- 2).- Gravedad del resultado deducida del daño o peligro ocasionado.
- 3).- Gravedad de la culpabilidad de la culpabilidad deducida de la intensidad del dolo y la culpa⁵.

⁵ Citado por García Aran Mercedes, *Los Criterios de determinación de la pena en el derecho Español*, 3ª ed; España, Universidad Complutense de Madrid 1990, p.112.

No basta con determinar como se deberá de estimar cuándo la modalidad de la acción, el daño o el peligro es mas o menos grave, si no se precisa cuál es el concepto de referencia sobre el que opera la gravedad de lo *grave*, es decir, el contenido del injusto.

En este sentido Juan Bustos Ramírez, señala que a través del desvalor de acción debe ser completado en sede la antijuridicidad por el desvalor del resultado; lo que parece claro es que si la producción de un desvalor de acción y de resultado originan un juicio sobre la presencia de una conducta típicamente antijurídica, si la antijuridicidad es el juicio de desvalor y el injusto el objeto desvalorado, ese injusto admite claramente una graduación cuyos puntos de referencia se encuentran en la consideración del mismo, situación objetiva en que se ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal, entendiendo al bien jurídico como expresión de una relación social concreta⁶.

Y si lo que se busca es un concepto de bien jurídico que tenga operatividad en la aplicación concreta del derecho penal, esto es, que sirva para una graduación del injusto, deberá huir de espiritualizaciones en las que a menudo se incurre. Así pues, en un caso en el que dos conductas encajan en la descripción típica de un tipo penal, pudieran presentar distintos contenidos de injusto. Por ello es de tomarse en cuenta el contenido de la gravedad del hecho la cual dependerá de las oscilaciones que se producen dentro de la relación descrita por el tipo, es decir, las modalidades de comisión de perpetración de la ofensa, en las que mas adelante nos detendremos, y las que aumentan la gravedad cuando afectan en mayor medida al bien jurídico entendido como relación social que se protege, en algunos casos.

⁶ Bustos Ramírez Juan, *Control Social y Sistema Penal* 2ª ed; España, Limpergraf, 1987, p.134.

Con relación a las vías indiciarias sobre la determinación de aumentos o disminuciones de la misma, podemos señalar por ejemplo las siguientes:

a) Como ya se señaló por un lado, con relación a la acción o acerca de la admisibilidad de determinados modos de perpetrar la ofensa como una causa de agravación de la pena.

b) En los casos en donde se producen modulaciones de la gravedad por ejemplo con relación a la víctima, en donde se pueden considerar mas grave el ataque a personas indefensas (alevosía, ventaja etc.).

Y con relación a este aspecto de la víctima, se pueden individualizar una serie de aspectos de la posición de la víctima que inciden en el desvalor del hecho, no en todos los delitos, solo en los que se de una confrontación entre sujeto activo y pasivo.

Es decir un primer grupo de factores se refieren a la situación subjetiva de la víctima y que generalmente hacen variar el grado de afectación del bien jurídico; otros factores afectan a la situación objetiva del sujeto pasivo y que inciden antes que en la afectación del bien jurídico, en el perjuicio material que se le ocasiona, también tenemos factores que podrían ser relacionados con el sujeto activo del delito, es decir casos en los que se cualifica o privilegia una infracción en atención a la posición de quien la comete, afectando el desvalor del hecho.

Y para finalizar de ahondar en el tema del alcance de la lesión jurídica, habría que insistir como lo señala García Aran en que, sería una pretensión inútil querer proporcionar una formula mágica positivilizable, mediante la cual afirmar exactamente para cada conducta recogida en el código penal, donde se sitúa la gravedad típica⁷.

⁷ op. cit; nota 5, p.115.

En tal tesitura debe entenderse el concepto del injusto, el cual obliga analizar el de gravedad, ambos nos permiten comparar perjuicios objetivos, atentados reales contra algo comúnmente aceptado como digno de ser protegido antes que disposiciones morales individuales, habida cuenta de que se ésta hablando del comportamiento humano y no estudiamos una ciencia exacta.

El contenido de la culpabilidad del hecho.- Podríamos partir de la base de que para poder medir el grado de reprochabilidad del delito, podemos considerar como criterios de valoración los siguientes: los motivos y metas del reo, la actividad interna que se refleja en el hecho y la medida de infracción del deber. Todas ellas serían circunstancias que hacen aparecer la formación de la voluntad del reo y que podrían aminorar o aumentar dicha reprochabilidad.

Ahora bien, dentro de los motivos del hecho se distingue entre estímulos externos (la penuria económica, la instigación política, y la coacción) y los móviles internos (el odio, ánimo de lucro, la codicia, la compasión y la justa cólera). Jescheck nos dice que, no debe equipararse la personalidad del reo con su carácter, sino que ha de entenderse como un *posicionamiento actual*, referido al delito concreto en lo que atañe a la formación de la voluntad o la ejecución de aquel ⁸.

Las valoraciones que se realizan al reo, no deben efectuarse atendiendo a las subjetivas representaciones morales del juez o las enseñanzas de una particular doctrina filosófica, sino de acuerdo con la conciencia valorativa objetiva de la comunidad. Finalmente también procede tomar en cuenta para el contenido de la culpabilidad del hecho, la medida de la infracción del deber ser; el cual influye especialmente en la individualización penal dentro de los delitos

⁸ op. cit; nota 4, p. 216.

cometidos por imprudencia o culposos. Por otro lado debemos partir de la base de que la culpabilidad como juicio normativo por el que se reprocha a un actor concreto su conducta, deberá ser paso previo u obligado para la imposición de la pena, incluso también deberá ser la culpabilidad, un límite a la imposición del quantum de pena.

No se debe confundir el grado de culpabilidad del agente, con la llamada culpabilidad de autor y sus manifestaciones más características, la culpabilidad por conducción de vida y la culpabilidad de carácter, ya que estas al parecer han sido superadas. En lo que a la función de la culpabilidad se refiere, habría que hacer la distinción entre el concepto de culpabilidad como categoría sistemática del delito añadida al tipo, a la antijuridicidad y el principio de culpabilidad como informador e inspirador de todo el sistema regulador de la intervención punitiva del estado.

Y en todo caso, el concepto de culpabilidad, desde la superación del contenido centrada en el nexo psicológico, queda configurado exclusivamente como reproche o juicio de desvalor recayente, sobre el autor por haberse opuesto al derecho, persistiendo la problemática de cómo se ha de delimitar el porque del reproche y mas aun el porque de la exigibilidad de otra conducta.

Por ello la exclusión de la culpabilidad de autor en todas sus formas, conduce ineludiblemente a plantear la culpabilidad por el hecho como la única válida en la concreción de la pena, y como señala García Aran, el problema se plantea cuando hay que determinar cuáles son los factores que determinan la culpabilidad por el hecho y cuales son indicio de necesidades preventivo especiales⁹.

⁹ op. cit; nota 5, p. 114.

En otro orden de ideas Jescheck al citar un ejemplo agrupa los factores de determinación de la pena en dos apartados el primero de los cuales se constituye con el contenido de injusto y la culpabilidad como entidades graduables.

El contenido del injusto viene determinado por la significación que el hecho tiene para el ordenamiento jurídico violado y el contenido de la culpabilidad, por la gravedad del reproche, pero dentro de este bloque de factores deben considerarse, según Jescheck, la magnitud jurídica o daño producido, el grado de puesta en peligro de bienes jurídicos, la forma de ejecución, la persistencia de la voluntad empleada y especialmente, como contenido de la culpabilidad los motivos del reo y el grado de contrariedad al deber.

La segunda clase de factores determinantes de la pena, viene constituida por la personalidad del reo, en la que hay que se toman en cuenta sus circunstancias personales, económicas asimismo, el grado y clase de necesidad de resocialización, entre otros. Una graduación tanto del injusto así como de la culpabilidad o de los dos; circunstancia que la doctrina ha denominado culpabilidad por el hecho cometido.

La personalidad del reo.- La personalidad de un individuo merece cierta importancia al momento de la individualización judicial de la pena, debemos aclarar que dicha personalidad sólo puede tenerse en cuenta para la individualización, cuando guarde relación con el hecho cometido.

Pretender extraer por completo de la valoración de la culpabilidad por el hecho, la personalidad del autor y contemplarla solo desde la perspectiva de la prevención. Es decir, separar entre hecho y autor es en síntesis la cuestión de

la culpabilidad cuando la imputabilidad está disminuida, en el error de prohibición o en la imprudencia, así como en la reincidencia¹⁰.

Las condiciones personales y económicas del reo, dentro de las condiciones personales juegan un papel, sólo determinable caso por caso, es decir, el origen y la educación, el estado familiar, la salud física y mental, la posición profesional y social, las circunstancias concernientes a la vivienda y por último, la sensibilidad del reo frente a la pena. Con relación a las condiciones económicas del reo, podemos decir que pueden influir en la individualización de la pena de modo diverso, según se consideren como móvil del delito, en el contenido de culpabilidad o con independencia de ello, en la constatación de la sensibilidad del reo frente a la pena. Tratándose de la medición de la multa, las condiciones personales y económicas del reo determinan la cuantía de las cuotas.

En lo que se refiere a la medida y clase de la necesidad de resocialización del acusado, es de tomar en cuenta la personalidad en atención a los efectos de la pena respecto a la vida futura del reo en la sociedad. Así la casa paterna, la educación, la formación escolar, la profesión, las relaciones sociales, el estado de salud, la inteligencia, el puesto de trabajo y la tenencia de lo necesario para vivir, el estado familiar, el pago de alimentos también y sobre todo, una modificación parcial de tales condiciones, pueden hacer que los efectos que cabe esperar de la pena aparezcan en una luz completamente distinta.

En particular, la elección entre pena privativa de libertad y multa, la duración de aquella, el número de cuotas diarias en la multa, o de cualquier otro sustitutivo, todo ello tendría que verse en que medida repercutiría en el reo, en su posición profesional y social y en el fortalecimiento de su carácter con vistas a la prevención de futuros delitos.

¹⁰ op. cit; nota 4, p. 216.

La vida anterior del reo, su conducta después del delito.- Este sin duda es uno de los temas que mas polémica han generado en la actualidad, basta hacer la pregunta de ¿qué es lo que se espera de un sistema penal con relación a lo que se quiere juzgar? es decir; si es el hecho lo que se juzga o es a la persona. La respuesta a la pregunta anterior está desarrollada de alguna manera en el cuerpo de este trabajo, pero con independencia de ello, cabría hacer un comentario al respecto.

Hay que dejar muy claro que la individualización penal, no debe desembocar con todo lo que ello implica y con su enorme peso, en un arreglo global de cuentas con el acusado, porque no puede ser misión del derecho penal traer ante el tribunal, toda la historia de la vida de una persona, antes bien, sólo cabe incluir en la individualización de la pena aquellas circunstancias que tienen una relación con el delito y pueden ser vistas, por ello, como indicios de la culpabilidad del reo o en todo caso como criterios a valorar en el momento de individualizar las consecuencias del delito cometido, tanto en aspectos cuantitativos como cualitativos.

En lo referente a la vida anterior del reo, podría ser un factor atenuante, el hecho de que haya seguido hasta ese momento un buen comportamiento, pero por otro lado le perjudicaría a un reo sus condenas anteriores, haciendo la aclaración de que quizá con relación a la culpabilidad del reo pudiera ser cuestionable su inclusión, pero para la individualización de la pena podría ser tomado en cuenta para modular la calidad de la pena y quizá no tanto para su duración o cantidad.

Para hablar ahora de la conducta posterior al delito, sería importante resaltar el hecho de que no siempre se tomarán en cuenta para la individualización. En un caso en particular, la reparación del daño y el esfuerzo para llegar a un compromiso con la víctima en unas circunstancias especiales, podrían disminuir la pena o quizá para permitir la posibilidad a la aplicación de

otro tipo de pena o reacción jurídica quizá un poco menos drástica o bien, podría aumentar la pena por el comportamiento brutal después del delito.

Ahora bien, debemos de tomar en consideración que, aunado a todo lo aquí expuesto; existen elementos técnicos jurídicos, que el juzgador debe de tomar en consideración a la hora de individualizar la sanción punitiva, específicamente la privativa de la libertad, para lo cual según lo que señala el código de procedimientos penales para el Distrito Federal en su artículo.- 72 son los siguientes criterios los fundamentales en la individualización de las penas y medidas de seguridad.

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes¹¹.

De la interpretación de este artículo en cita, debemos decir que el juzgador cuenta con todos los criterios individualizadores que menciona, los cuales se fortalecerán; con auxilio de los médicos, psicólogos, terapeutas, sociólogos, trabajadores sociales y demás auxiliares, que deberán proporcionarle referentes al entorno social, personal, psicológico del delincuente, de los detalles de las circunstancias especiales de la comisión de la conducta delictiva, de la información referente acerca de los medios empleados por el delincuente en la comisión del ilícito punible, la lesión al bien jurídicamente tutelado, etc.

Ahora bien, en mi opinión; dicho numeral también pudiera ser utilizado para que el juez al determinar el tipo de sanción en la sentencia, también se pronunciase respecto a la finalidad, que deberá cumplir con la sanción que

¹¹ Código Penal Para el Distrito Federal, México, SISTA; 2009, p. 44.

considere adecuada para lograr que se cumpla con la reintegración social del sentenciado, o en su caso si el delincuente no puede ser readaptable, por su grado de vulnerabilidad a delinquir, por su entorno social altamente criminógeno, demostrado con los estudios realizados por los auxiliares a que he hecho referencia; buscar la implementación de otra finalidad que incluso podría ser la prevención general, por medio del aislamiento del sentenciado buscando la mejora de su conducta en un tiempo corto de reclusión, bajo un régimen estricto para posteriormente canalizar al sentenciado a una segunda fase que culmine en su reintegración, lo cual pudiera pensarse en los delincuentes reincidentes o delincuentes habituales.

Lo anterior obligaría que las autoridades ejecutoras y judiciales, se coordinaran logrando con ello, la implementación de un sistema que de cabida a reforzar la readaptación social, a la que las autoridades penitenciarias están obligadas a cumplir, ya que así lo establece nuestra carta magna, consecuentemente la finalidad propuesta por el juzgador desde su sentencia tendría mayor certeza jurídica.

3.1.2.2.3.- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN.

Las siguientes líneas tienen por objetivo, conocer los parámetros legales con los que cuenta el juzgador para determinar la pena privativa de libertad, con respecto a la legislación penal vigente en el Distrito Federal, de donde podemos observar que, entrándose de punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de justicia, prevención general y prevención especial, esto último lo podemos

corroborar y fundar con base en lo expuesto por el artículo 70 del código penal para el Distrito Federal que señala lo siguiente:

Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este código.

Del artículo en cita, se infiere que; la autoridad judicial se debe de acoger al principio de legalidad, al determinar la sanción que imponga, es decir; que no debe de rebasar los límites legales, que para tal efecto la normatividad penal prescribe, aunado a ello las circunstancias exteriores de ejecución, que no es otra cosa que los medios y circunstancias, que motivaron la comisión de la conducta antijurídica, de igual forma las peculiares del delincuente en cuyo caso se obliga a reunir los requisitos del artículo 72 del código de procedimientos penales para el distrito federal.

El aumento o disminución de la pena en los casos en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable será para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista por aquél.

El juzgador individualizará la pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución, no es aplicable para la reparación del daño ni la sanción económica. Al facultar al juzgador para decidir de forma discrecional, la cantidad de pena a la que se sujetará el sentenciado hablamos de un sistema punitivo abierto, cuando determine la pena en su sentencia, siempre que respete los límites mínimos y máximos,

impuestos por el legislador, pues se obliga a proteger el orden jurídico y la pena señalada en la norma para cada delito, desde luego el arbitrio que se le concede al juez debe en todo momento hacer valer los principios de:

- a) El principio de legalidad.
- b) El principio de la aplicación de la pena más benigna.
- c) El de proporcionalidad.
- d) El de humanidad.

El respeto al límite mínimo de la pena, fue pensado en la necesidad de protección al orden jurídico y evitar la impunidad, el límite máximo porque es el grado del injusto, que informa la cuantificación de la culpa es decir el grado de culpabilidad.

El juzgador también tendrá la facultad de disminuir la pena si así lo considera, siempre que se trate de las circunstancias especiales a que se refiere el artículo 71 bis, del código penal para el Distrito Federal¹², cuando se tratare de los delitos considerados como no graves y al respecto el numeral en cita refiere lo siguiente:

Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el ministerio público y la ratifique ante el juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate. Esta alternativa solo opera entratándose de algunos delitos que tienen una penalidad menor a cinco años o que son considerados por el legislador como no graves, cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el ministerio público y la ratifique ante el juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo

¹² idem.

caso se aplicará la ley de la materia; este beneficio no es aplicable para delitos considerados graves por la ley.

Se puede inferir al igual que el artículo que le antecede, el otorgamiento del beneficio para los delincuentes que confiesen su participación en la comisión de un delito grave, de hasta una tercera parte, sin embargo; se exceptúa de recibir este beneficio quienes tuvieron participación en ciertos delitos.

El otorgamiento de la pena disminuida sólo será aplicable tratándose de primo delincuentes por delitos dolosos consumados y se requerirá que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba.

3.1.2.2.3.1.- PENAS CORTAS.

Se consideran como penas cortas de prisión las que no permiten, por breve duración, límite de tiempo y aplicación, lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación, o en su caso la eliminación del delincuente, actualmente son consideradas por algunos autores como el talón de Aquiles del sistema penal moderno.

En nuestros días, la crítica es muy severa contra las penas cortas que atacan la libertad, pues se ve en ellas un peligro, más que una eficaz medida de defensa social. La crítica esta basada fundamentalmente en su falta de reacción intimidatoria en tales penas, se dice son desiguales, en relación con los diversos vínculos de cada uno de los reos, son costosas, no intimidan,

hacen perder el temor a la privación de libertad, son degradantes, pues moralmente catalogan al individuo en el grupo de los delincuentes conocidos; por ultimo, son contaminadoras toda vez que permiten ejemplos y relaciones amistosas con el mundo de la delincuencia, resumimos en los siguientes incisos, los principales argumentos esgrimidos contra las mismas:

a) Estas penas producen un desarraigo del delincuente, al separarle de su entorno social más directo, de su familia, de su círculo de amistades y de su trabajo (si los tenía) y estigmatizarle socialmente.

b) No permiten llevar a cabo una labor eficaz con la prevención especial, es decir, en cuanto a su reeducación y reinserción social. Mas bien, al contrario, si el delincuente es ocasional, con una pena de prisión corta pierde el temor a la pena y queda expuesto a la influencia corruptora de los demás delincuentes habituales y profesionales, hasta el punto de que, con base en ello, se ha llegado a acuñar la expresión de que la prisión es escuela de criminales o la universidad del crimen.

c) Desde un punto de vista económico y organizativo, a pesar de la utilidad económica que el trabajo carcelario tuvo en sus orígenes (idea que llega a auspiciar el nacimiento de las casas de corrección), en las sociedades modernas la privación de libertad es más gravosa para el estado que otra clase de penas, máxime teniendo en cuenta la endémica masificación de las cárceles, que dificulta asimismo un cumplimiento de la prisión adecuado a los fines de la pena.

En este contexto debemos considerar a la pena como la ultima ratio en la defensa del orden social, lo anterior quiere decir que solo se debe acudir a la pena cuando es absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (sanciones civiles, administrativas, etc.), desarrollo consecuente de ello es también que la prisión, es la más grave de todas las

consecuencias jurídico penales del delito, por lo que debe de reservarse su aplicación para castigar aquellos delitos frente a los que no cabe reaccionar eficazmente mediante la imposición de otras penas menos gravosas, dado su menor poder inhibitorio, bien por mostrarse inadecuadas, bien por haber fracasado en su función.

Por otra parte debemos tomar en consideración que las penas cortas privativas de libertad, se dirigen en general a la criminalidad media o leve (responsables de delitos menos graves y faltas), por lo que la entidad de la sanción (prisión) puede devenir desproporcionada con aquella característica de la delincuencia, buena parte de la cual puede ser primaria o estar plenamente socializada. La valoración político criminal de las penas cortas privativas de libertad depende de con qué alternativas se las pueda comparar, es decir, se trata de determinar qué consecuencias jurídicas están en disposición de cumplir más adecuadamente los fines de la pena¹³.

Concluimos diciendo que las penas cortas de prisión, no resocializan son mas gravosas, tanto en sí mismas como en sus consecuencias colaterales, en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que estaban previstas, por todo ello resultan las más nocivas para el desarrollo de la personalidad y la dignidad del sujeto.

3.1.2.2.3.2.- PENAS LARGAS.

Las penas privativas de libertad de larga duración, con base en sus efectos desocializadores, plantean graves problemas desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos,

¹³ Mir Puig Santiago, *Alternativas a la prisión (política criminal y reforma penal)*, Madrid, Edersa, 1993, p.847.

en especial, el respeto debido a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad.

Prescindiendo de la cadena o prisión perpetua, que figuro en épocas ancestrales y todavía en la época contemporánea, acerca de los problemas que puede llegar a producir la acumulación de varias penas de prisión (impuestas en sucesivos procesos tras la firmeza de la sentencia del proceso anterior), las penas privativas de libertad son penas netamente temporales. En ellas se ha venido observando hasta no hace mucho una lenta pero permanente tendencia a reducir el límite máximo de su duración, bien durante la fase de ejecución, a través de los beneficios penitenciarios, bien nominalmente, con la punibilidad impuesta en los códigos penales.

Para el autor Mir Puig; en la aplicación de la pena privativa de libertad de larga duración, no juegan sólo razones de prevención especial, sino también, fundamentalmente, la sensibilidad histórica de nuestro tiempo, que hace que basten para la función de la prevención general penas menos graves que en épocas anteriores¹⁴.

La pena larga se convierte en una simple eliminación del sujeto, siendo superfluos los esfuerzos para reintegrarlo a la sociedad, y en este sentido, la prisión es la expulsión del grupo; es el destierro a un país peor que el que existe fuera de la prisión, no se defiende hoy seriamente por la inmensa mayoría de los penalistas. Las investigaciones llevadas a cabo por diversos autores o la información recogida por las Naciones Unidas demuestran que la duración máxima del internamiento continuado no debe superar, por término medio, los quince años; cualquier otra pena más extensa no produce sino efectos contraproducentes, habiéndose ya producido la pérdida de la capacidad criminal.

¹⁴ ibidem, p. 849

A este respecto las penas privativas de libertad largas, no son más eficaces que las cortas para prevenir la reincidencia, las instituciones de reclusión abiertas parecen ser tan eficaces como las cerradas, ya que un tratamiento humanitario, incluso indulgente del condenado es por lo menos tan eficaz como otro severo o una detención prolongada (amén de ser mucho más económico), ciertos delincuentes pueden ser considerados como buenos riesgos independientemente del tratamiento a que se les someta.

En mi opinión en conjunto tanto las penas cortas como las largas, deben de tener como fin último, que la prisión queda reducida al ejercicio de la prevención general, la que no puede tener efectos tan devastadores con el condenado, en la duración mínima de la pena privativa de libertad, como lo tiene la pena privativa de libertad de mayor duración, la cual tiene un efecto de irrecuperabilidad social.

3.1.2.2.4.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN.

En la determinación legal de la pena también denominada punibilidad, se han orientado por el criterio de peligrosidad del autor, sin embargo; actualmente nuestra normatividad penal, ha tenido a bien seguir el criterio de culpabilidad, debido a que esta; ligada a la personalidad o carácter del sujeto, llamado culpabilidad de autor, esta orientada a criterios de peligrosidad, la culpabilidad referida a la comisión del ilícito se le considera circunscrita a lo que se denomina culpabilidad por el hecho.

En un estado de derecho social democrático, la determinación legal de la pena debe estar orientada a la protección de bienes jurídicos fundamentales,

sin olvidar colocar en la balanza de los derechos de quienes deben responder por la violación a las normas penales, así como los de la sociedad y la propia víctima; si así sucede podemos afirmar la existencia del estado de derecho democrático y por ende garantista; lo anterior, porque la pena es reflejo fiel de la constatación del estado, esto es; que de la política criminal impuesta por el aparato estatal, dependerá el sistema ha proteger, el tipo de bienes jurídicamente tutelados que se resguardaran y la finalidad a imponerse, no puede dejarse de lado la capacidad de los gobernados para decidir y participar como actor social en la organización social.

En nuestro país, el contenido de la norma constitucional marca como parte de la política criminal, el sistema político y jurídico de culpabilidad por el hecho o por el acto, la culpabilidad de autor, apoyada en criterios de peligrosidad de donde el juzgador tiene criterio amplio para obtener información de la conducta y de su vida anterior a la comisión del delito, como la predicción de su potencialidad delictiva futura de conducta, donde tenga peso decisivo el grado de temibilidad que a su arbitrio le parezca, todo ello con los riesgos que implica la actitud conservadora, prejuicios por razones de género, de inclinación sexual, de religión, de clase social, etc; que sean parte de la propia personalidad del juzgador.

La normatividad penal específica la política criminal (penal), tiene por objeto señalar lo que a su juicio deberá cumplir la determinación de la pena, o punibilidad, para llevar a cabo los fines que le asigna a la sanción punitiva. Una forma para sistematizar las orientaciones que el legislador puede adoptar para la determinación de la pena los podemos agrupar en los siguientes criterios:

a) *La Indeterminación total o absoluta*, la cual tiene como característica primordial, la de no tener límites, ni de carácter procesal o adjetivo, el juez se concreta a establecer la culpabilidad del sujeto, existe amplias facultades para

la autoridad penitenciaria, la que se encarga de individualizar la pena conforme a fines preventivos especiales.

b) *Indeterminación Legal Relativa*, en esta forma de determinar la pena, se establecen límites mínimos y máximos, para que el juez decida dentro de este parámetro, sin rebasar el marco legal con amplio criterio, respetando en todo momento el límite mínimo y el máximo la aplicación de la pena concreta. Con este criterio, se puede permitir al juzgador utilizando su arbitrio imponer penas alternativamente o substitutivamente o bien que considere más benignas siempre que cumpla con los fines que la propia ley le asigne a cada una de las sanciones punitivas.

c) *Indeterminación Judicial Relativa*, esta forma de determinación, permite al juez dictar una sentencia con pena indeterminada dentro de los límites mínimos y máximos, siendo su duración condicionada al tratamiento que en todo caso será responsabilidad de la autoridad penitenciaria.

d) *De Penas Fijas*, la determinación en este sistema, opera para cada delito la pena o penas aplicables en forma precisa e inflexible, llegando al extremo de imponer penas iguales para todo tipo de delincuentes, independientemente de que existan o no agravantes, pues no se contemplan las particularidades del caso concreto.

e) *Individualización Legal*, este criterio tiene por objeto la imposición de penas aplicables, que tienen su justificación en el marco normativo y puede disminuir o aumentar, hasta determinado monto, con base en atenuantes o agravantes, grado de participación, concurso de delitos etc; que la propia ley va regulando.

3.1.2.2.4.1.- ESTUDIO DEL INCULPADO

Generalmente como lo hemos venido advirtiendo, en la determinación legal de la pena, tal y como se encuentra redactado nuestro marco normativo, la culpabilidad de autor juega un papel trascendental, por lo que será necesario referir aspectos que el juzgador a la hora de individualizar la pena, deberá considerar dentro de la fase más delicada del proceso; la sentencia. Así las cosas el conocimiento de la personalidad de quien va a ser condenado, es condición necesaria para que el juez llegue a una correcta y justa determinación judicial de la pena, como lo exige la legislación penal.

Por lo cual el estudio del inculpado debe de reunir entre otras características las siguientes:

a) Requisitos de forma como son: Ser completo, fidedigno, claro, conciso, preciso, señalar cada aspecto o cuestión, y los estudios, pruebas, tests, en que apoyan sus conclusiones, y la relación de los aspectos del mismo integrados en un todo.

b) Requisitos de fondo que debe abarcar son: Un estudio lo mas profundo de cada aspecto de personalidad, y en particular información sobre las circunstancias bajo las cuales se cometió el delito, la historia vital del inculpado, la descripción de su ambiente socioeconómico, ecológico, cultural, los resultados de exámenes especializados con respecto a rasgos físicos, funcionales, psicológicos y neuropsiquiátricos del sentenciado incluir consideraciones, diagnósticos y pronóstico. Sin embargo, lo más importante sigue siendo la manera como los jueces utilizan esta información, extraen la sustancia, comprenden los matices e intentan transformar las recomendaciones de médicos, psicólogos y trabajadores sociales en medidas judiciales concretas.

Amanera de ejemplo, en las siguientes líneas expongo los requisitos que en general debe de contener un estudio clínico criminológico de personalidad:

I. Datos generales del procesado

Nombre: Sexo: Edad: Estado civil:
Escolaridad: Nacionalidad: Ocupación: Delito imputado:
Clasificación Criminológica:

II. Resumen médico

Exploración Médica: Diagnóstico: Observaciones: Estudio social:
Núcleo familiar primario: Núcleo familiar secundario: Vida en reclusión:

3.1.2.2.4.2.- PERSONALIDAD

Para el presente apartado, debemos decir que se entiende por estudio de personalidad, debido a la importancia que esta representa, en la determinación judicial de la pena, consiste pues en proporcionar información veraz lo más amplia posible del sujeto, conductas, hábitos, gustos, afecciones, rasgos físicos y psicológicos, preparada por profesionales en cada uno de los aspectos multidisciplinarios, para ilustrar al juez que es quien evaluará en uso de su arbitrio judicial y la atribución de ser perito de peritos.

Como lo hemos visto por aparte en la presente investigación, el juez con base en lo dispuesto por el artículo 72, del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, está obligado a realizar todo un amplio estudio de las características físicas y psicológicas del inculcado; así mismo, debemos decir, que el estudio de personalidad abarca aspectos, que si bien es cierto; no se detallan en la normatividad penal mencionada, si podemos darnos una idea de las características personales del delincuente que debe conocer el juzgador. y siempre se reforzara con la practica de estudios médicos, psicológicos, pedagógicos y sociales; los que a continuación explicaré:

a) Estudio Médico.- Debe comprender la exploración y observación física del individuo, su estado de salud general, sus antecedentes médicos personales y familiares, cicatrices, tatuajes; etc.

También es importante, de ser posible, constatar el estado físico y fisiológico del sujeto al cometer el delito, ya que puede revelar datos de importancia en relación a su estado de salud, física y psíquica referidas al momento de la comisión del ilícito.

b) Estudio psicológico Y Psiquiátrico.- El aspecto psicológico comprende su estado de salud psicológico, el estudio de destreza y habilidades, (verbal, social, creativa, etc.) así como; establecer si el fracaso en adquirir en forma adecuada, suficiente esas destrezas, habilidades se debe a situaciones sociales como la ausencia o deficiencia de enseñanza o entrenamiento, o a deficiencias orgánicas o psicológicas.

Establecer si el individuo se ubica dentro de los parámetros de normalidad psicológica generalmente aceptados. Esta es, sin duda el área más compleja y de ser posible se debe determinar la condición psicológica del sujeto al momento de ejecutar la conducta delictuosa.

Corresponde a esta área aplicar las pruebas psicológicas que esta ciencia recomiende y analizar sus resultados. De ser posible el estudio debe abarcar el aspecto psiquiátrico, cuando por la condición del individuo se requiera de la intervención de este tipo de especialista.

A continuación hago referencia dos esquemas de cada uno de estos aspectos, fundamentales en la práctica, para una buena determinación de la sanción por parte del juzgador:

<u>Psicológico:</u>	Coeficiente intelectual	Examen mental
Conciencia	Orientación	Tiempo – espacio
Escolaridad	Motivación	Pensamiento

<u>Psiquiátrico:</u>	Rasgos determinantes de personalidad	Diagnóstico
Pronóstico psicológico	Observaciones	Resumen pedagógico
Observaciones		

c) Estudio Social.- El aspecto social, al que corresponde principalmente el entorno familiar del individuo; se busca conocer su relación con ese entorno, su adaptabilidad o inadaptabilidad a las situaciones que se presentan en el seno familiar. Dentro de este estudio el juzgador también deberá de tomar en cuenta El aspecto ocupacional, que tiene por finalidad detectar la actividad y la capacidad laboral a la que se dedicaba la persona, sus relaciones en el lugar en que desempeñaba su trabajo, su calificación laboral, antigüedad, asistencia, puntualidad etc.

d) Estudio Pedagógico.- El aspecto pedagógico tiene por objeto conocer la historia escolar su avance en sus estudios formales, su grado de escolaridad, su habilidad en la lectura y escritura, sus aficiones culturales, recreativas y artísticas, o bien, su situación de analfabetismo, etc.

Por lo que hace a este estudio, interesa destacar, los efectos que la pena pueda tener en la vida futura del reo en la sociedad, así por ejemplo; el domicilio paterno, la educación, la formación escolar, la inteligencia, el puesto de trabajo y unos ingresos seguros, el estado familiar, las obligaciones alimenticias y especialmente también una modificación parcial de estas circunstancias, hacen aparecer los

efectos que son esperables con una adecuada imposición de la pena y los fines que esta persigue, especialmente en la elección entre multa y pena privativa de libertad, en la duración de la privación de libertad, en la determinación del número de días multa, en la concesión de la suspensión condicional de la pena y en la elección de las obligaciones e instrucciones, interesa considerar el efecto que tendrá el proceso punitivo en su totalidad, incluyendo la ejecución de las penas privativas de libertad, en el reo, en su situación profesional, social y en su carácter en relación con la prevención de futuros hechos punibles.

Como se puede apreciar, el estudio de personalidad que el juez tiene que recabar con auxilio de los diferentes especialistas, aunado a lo expuesto por el inculcado y las actuaciones procesales, serán fundamentales en la decisión del propio juzgador, quien cuenta con criterio amplio y está facultado legalmente, para hacerse llegar de más elementos en la correcta individualización de la pena, pero tal estudio no debe tomarlo en cuenta en la fase de apreciación o valoración de las pruebas para tener probado plenamente el tipo penal y la responsabilidad del inculcado, sino reservarlo exclusivamente para la fase de la determinación judicial de la pena.

3.1.2.2.4.3.- RASGOS

Considero que lo importante a destacar en el presente apartado será, la carga genética que determina el aspecto físico, estatura, peso, color de piel, color y textura del pelo, etcétera, así como; otras características biopsicológicas del procesado, que contribuye dentro del proceso penal a que el juzgador lleve a cabo una buena determinación de la pena y consecuentemente buscar se

logre cumplir ya en la fase de la ejecución de la pena, con la finalidad que toda sanción penal debe tener como objetivo final.

Así, la herencia genética, marcada por la adquisición de la influencia del medio ambiente, sea social o físico, lo que contribuya al desarrollo de las potencialidades del individuo, siendo un punto que; enlazado a otros factores dentro de la determinación penal, lo que ayudará al juzgador con base en su experiencia a formar un criterio respecto de la personalidad de cada sujeto, una impresión que influirá a la hora de dictar sentencia, ya que los pensamientos, emociones y sentimientos del procesado, son los que habrán de manifestarse en variadas formas; ya que cada quien actúa de manera diferente, porque lo hacemos influidos por la herencia genética y lo adquirido en nuestra vida diaria, cada sujeto tiene experiencias distintas y aún aquellas que parecen ser las mismas, cada quien las asimila de modo diverso y todo ello conforma la personalidad.

Puede decirse que los rasgos de la personalidad se inician desde el nacimiento y se van conformando, manifestando y modificando a lo largo de la existencia del individuo, en este sentido, podemos decir; que no se puede medir o precisar el impacto de la herencia genética y lo adquirido en la formación de la personalidad, pero ésta es apreciada por los demás, por el efecto que produce, sea favorable o desfavorable, lo que a su vez va a depender del juicio de cada quien y pueden no coincidir.

La idea que nos formemos de la impresión que causemos a los demás puede influir en que modifiquemos nuestra personalidad, esta aseveración no siempre es compartida, pues a veces se sostiene que la personalidad no puede cambiar pues es el reflejo del yo interno, sin embargo; la personalidad es, por su esencia dinámica, día a día influenciada por la sociedad y el medio ambiente físico. Aún los rasgos físicos heredados es posible modificarlos, por ejemplo la

cirugía reconstructiva o la estética pueden contribuir a cambiar la imagen de sí mismo o de la impresión a los demás, y con ello la personalidad.

La personalidad se define también como la capacidad de adaptarse con facilidad a las situaciones que se presentan al individuo y saber actuar ante cualquiera de ellas que satisfagan a uno mismo y a los demás.

Se pueden señalar como rasgos de la personalidad los siguientes:

a. Físicos: constitución física, fenotipo, expresión del rostro, modo de vestir, etc.

Función: la constitución física del individuo influye sobre sus normas de conducta.

b. Emotivos: forma de reaccionar ante las adversidades, tranquilidad o alteración en el análisis de situación, agresividad o pasividad y otras.

Función: el control de las emociones permite reaccionar en forma adecuada a cada situación, revelando, de ser así, a un individuo con personalidad equilibrada.

c. Intelectuales: ideas lógicas formas de expresarlas, manera de emplearlas en el planteamiento de temas, entre otras.

Función: muestran la íntima relación entre el pensamiento y el sentimiento en general. Encontramos continuamente ideas del planteamiento en los procesos interpretativos.

d. Sociales: comportamiento con los demás, reglas de etiqueta, usos, costumbres, convencionalismos; etc.

Función: es la forma en que nos conducimos en familia; en la escuela; en el trabajo; en la sociedad en general.

3.1.2.2.4.4.- COMPORTAMIENTO.

Los rasgos y funciones apuntadas aparecen en las formas de comportamiento, como podemos observar en los siguientes tipos de comportamiento que a continuación se describen:

a) Comportamiento Personal: Una persona en esta área puede conducirse adecuadamente ante las exigencias normativas, se trata entonces de una persona que es respetuosa de la ley o temerosa de la misma o puede hacerlo inadecuadamente y con ello manifiesta un desajuste que puede ser indicativo de una gama de situaciones, por ejemplo, la incapacidad de tomar decisiones ante el mundo que la rodea para que se ajusten a las normas Jurídicas o a las reglas sociales, revelar un grado de desconfianza en sí mismo o un bajo sentido de valores humanos. En esta área importa, descubrir aquellos desajustes que incumben directamente con la intimidad de la persona, que pueden presentarse condicionados por la situación ambiental o bien, como neurosis de carácter.

b) Comportamiento familiar: En esta tipo de comportamiento, es importante conocer las actitudes del individuo ante los miembros de la familia, padres o hermanos. Su sentido de satisfacción o insatisfacción de las relaciones familiares en su grado de interrelación, que permitan establecer si en el comportamiento familiar se presentan desajustes y la naturaleza de los mismos.

c) Comportamiento sexual: En este aspecto es importante conocer la opinión e importancia que el individuo asigna a las relaciones sexuales, a su conducta heterosexual, a sus patrones sexuales o a posibles manifestaciones de desviaciones sexuales que repercutan en su conducta.

d) Comportamiento social: Aquí, la conducta del individuo en sus relaciones laborales, escolares y en general sociales, fuera del núcleo familiar, permiten apreciar si se desenvuelve o no en forma satisfactoria con compañeros, amigos o personas en general, si es agresivo o violento, o por el contrario es tímido o apocado (pero que puede acumular resentimientos).

Parece claro que con tal diversidad de aspectos que abarca la personalidad y que comprenden sus características biopsíquicosociales, un estudio o informe de personalidad debe ser el resultado del trabajo de un equipo multidisciplinario, que permita abordar estos diferentes aspectos donde se incluye por cierto el aspecto jurídico.

Con lo anterior solo pretendo ejemplificar el tema, pues siendo el comportamiento, una característica fundamental del concepto de personalidad, y uno más de los factores o elementos que la integran, la manera o forma de medir los diversos tipos de comportamiento explicados, se han expresado innumerables puntos de vista, que frecuentemente tienen que ver con las principales corrientes de la psicología y la sociología, como son el psicoanálisis, el conductismo, el estructuralismo y el funcionalismo.

Con el estudio de personalidad se busca determinar los factores que influyen en su conducta delictuosa, su estado físico y anímico antes, durante la comisión del ilícito y después, su grado de peligrosidad, etc., que permitan, primero la individualización de la pena y después el diagnóstico y tratamiento.

La preocupación de allegarse en el campo penal el estudio de personalidad del delincuente, surgió como un reclamo fundamental de

los positivistas al plantearse la interrogante ¿por qué el hombre llega a delinquir?, y la respuesta a dicha interrogante esta basada en el determinismo de la conducta antisocial y con ello a la necesidad de un tratamiento, no de un castigo, en nuestro derecho el estudio de personalidad es de carácter obligatorio, pues la realización del estudio de personalidad forma parte del juicio penal y se debe practicar a todo individuo sujeto a prisión.

3.1.2.2.4.5.- LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA READAPTACIÓN DEL SENTENCIADO.

Las leyes que establecen las normas mínimas sobre la readaptación social de los sentenciados, al igual que las leyes de ejecución de penas y medidas restrictivas de la libertad personal, son ordenamientos legales cuyas disposiciones tratan de organizar el sistema penitenciario de nuestro país, con base en el trabajo, la educación y la capacitación laboral, así como en las modernas técnicas terapéuticas a fin de readaptar al hombre privado de su libertad, según nuestra carta magna.

La ejecución de las sanciones entra ciertamente dentro de los objetivos de la ciencia del derecho penal, porque de cierta forma estudia la que hemos denominado teoría sobre el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad o de control, aun cuando desde el punto de vista práctico se trata de un tema que involucra, más que al juez o al abogado litigante, a los funcionarios de la administración penitenciaria y al condenado. Debemos aclarar y diferenciar lo que es el derecho ejecutivo penal o del derecho penitenciario, el primero constituye el contenido de la más típica sanción esto es, la forma en que deberá aplicarse, y el segundo concepto, versa sobre las

normas administrativas que regulan la organización carcelaria y los tratamientos penitenciarios.

Por lo pronto, resulta pertinente señalar que en esta fase de la ejecución penal, corresponde al ejecutivo federal la ejecución de las sanciones con consulta del órgano técnico denominado Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, que depende de la secretaría de gobernación. Esta dependencia federal designa los lugares en que los reos deben extinguir las sanciones privativas de libertad, ejerce todas las funciones que le señalan las leyes y reglamentos penitenciarios y además practica todas las diligencias para que la sentencia se cumpla estrictamente.

La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social toma nota de que una sentencia condenatoria causa estado de ejecución cuando el juez o tribunal de apelación que la pronuncia expide y envía copia certificada, con los datos de identificación del sentenciado. Recibida la copia de la sentencia en la que se pone el reo a su disposición, se faculta a la autoridad penitenciaria para instalar en el lugar en que el sentenciado debe extinguir la sanción privativa de libertad, y envía al instituto de custodia preventiva en que se encuentra el reo, orden de traslado a la penitenciaría en vista del cambio de situación jurídica y es entonces que comenzará el sentenciado, su andar en la búsqueda de ser readaptado a la sociedad.

Para el tema que nos ocupa, la importancia de la legislación de ejecución de sanciones penales, se encuentra en el apartado que establece diferentes tipos de sustitutivos penales, que buscan como fin último desjuridizar el sistema penal y reforzar el objetivo final de las sanciones impuestas por el juzgador, que es lograr cumplir con una mejor readaptación social, según lo estipulado en la constitución y en leyes secundarias como lo es, la de ejecución

de sanciones, donde resumidamente observamos que se faculta a la autoridad ejecutora a tomar decisiones administrativas y no propiamente judiciales, en la imposición de sustitutivos penales siendo estos una consecuencia de la sentencia impuesta por el juzgador.

Esto último desde mi punto de vista, crea lagunas dentro de la misma legislación ya que debiese de ser, la autoridad judicial la que se pronuncie en su sentencia respecto la finalidad que deba de perseguir la sanción que ella misma impone y así mismo; pronunciarse en la sentencia respecto a los sustitutivos penales, todo ello con base a los estudios que logro reunir dentro de la fase de determinación de la pena acerca de la personalidad del sentenciado, dejándole ala autoridad ejecutora cumplir con los cometidos propuestos por el juzgador en su sentencia, ya en la institución penitenciaria.

De lo observado en la ley de ejecución de sanciones y retomando el tema de los sustitutivos penales, diremos que fueron pensados con base en las formulas preventivas auxiliadas de la sociología criminal, pero sin renunciar a las formulas de la represión, que finalmente equivalen a una legitima defensa frente a las conductas criminales, en el fondo no cuentan con el sustento de la decisión judicial a la hora de que el juez determina la pena, puesto que ni siquiera se pronuncian en sus sentencias sobre su aplicación o no; así mismo dejan del lado la finalidad que se persigue con el tipo de sanción que imponen, situación que deja sin participación al poder judicial dentro de esta fase de ejecución de la pena, lo anterior porque fueron los legisladores al crear esta ley de ejecución de sanciones, que decidieron por política criminal plasmada en la ley, brindar a la autoridad ejecutora herramientas que le permitan despresurizar el sistema penitenciario tan comentado en nuestros días.

Así por ejemplo; la prisión o pena privativa de libertad, puede ser sustituida a juicio del juez, únicamente en la sentencia tomando en cuenta la duración de la misma, sea por multa o tratamiento en libertad, semilibertad o

trabajo a favor de la comunidad, cuando el juzgador sustituya la pena privativa de libertad por multa, está podrá cumplirse descontándosele con trabajo a favor de la comunidad. Ahora bien, para el caso específico del Distrito Federal se prevé la aplicación de un beneficio denominado suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, la cual consiste en sustituir una pena de prisión impuesta por el juzgador, que no rebasa los cinco años por una cantidad de dinero impuesta por el juzgador, para la aplicación de este sustitutivo penal, para la imposición de los sustitutivos, el sentenciado debe cumplir ciertos requisitos; que a continuación analizare, *lo cual desde mi punto de vista ha llevado al sistema penitenciario a simular el castigo y la finalidad que lo es la de readaptar socialmente a los delincuentes.*

Por lo dispuesto en esta ley, los sustitutivos penales requieren que el sentenciado satisfaga las siguientes condiciones:

- a) Que sea la primera vez que delinque y que el delito por el que se le procesó no sea de los calificados por la ley como grave.
- b) Que haya observado buena conducta, antes y después del hecho punible.
- c) Que tenga modo honesto de vivir o que por sus antecedentes personales, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, con ello se busca que el sentenciado no vuelva a delinquir.
- d) Que haya cubierto la reparación del daño y perjuicios o garantizado efectivamente su pago.
- e) Que se obligue a residir en determinado lugar, del que no se podrá ausentar sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia, y a desempeñar, en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos, así como a abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares salvo por prescripción médica.

En resumen de lo aquí expuesto e interesante de la ley en comento, es la parte donde se confiere, al juzgador la facultad de de dejar sin efecto la sustitución de sanción que impuso la autoridad ejecutora y ordena la reaprehensión del sentenciado, a fin de que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el mismo no cumpla las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que se incurre en nueva falta, por lo que se hará efectiva la sanción sustituida, o cuando por resolución firme, se condene al sentenciado por otro delito, así las cosas; si el nuevo delito es culposo el juez resolverá si debe ejecutarse la pena de prisión sustituida.

Al respecto considero que si el juzgador interviene en esta fase de la ejecución de la pena para suspender el sustitutivo concedido, también pudiera hacerlo tratándose de vigilar que se lleve acabo, por parte de la autoridad penitenciaria o ejecutora, los cometidos y fines de la sanción que haya determinado en su sentencia, brindando con ello una mayor certidumbre jurídica a la resolución de su sentencia y coadyuvando, a una mejoría en el sistema judicial y penitenciario, mejor aún; buscar lograr llevar acabo lo que hasta hora ha sido una utopía la de readaptar al delincuente o como la he denominado, ficción jurídica de la readaptación social.

3.1.2.2.4.5.1.- ASPECTOS GENERALES DE LA LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.

Puede decirse que en nuestro país la factibilidad de contar con estudio de personalidad para los efectos de la individualización de la pena por el juzgador nació a partir de la Ley que Establece las Normas

Mínimas sobre Readaptación de Sentenciados, que es de carácter federal, expedida el 4 de febrero de 1971.

Dicha ley de normas mínimas fue adoptada por las entidades de la República, las que a su vez expidieron sendas leyes de ejecución de penas. La ley Federal de Normas Mínimas es efecto de las recomendaciones surgidas en el seno del Tercer Congreso Nacional Penitenciario celebrado en Toluca en 1969 y que recoge las experiencias del Centro Penitenciario del Estado de México, que resultó la base del moderno desarrollo penitenciario nacional, el cual a su vez se apoyó en las recomendaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Ginebra en 1955.

La ley de Normas Mínimas tiene como propósito organizar el sistema penitenciario de la República a fin de lograr la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación del mismo y la educación mediante el tratamiento individualizado, que deberá tener carácter progresivo y técnico, donde se cumplan los periodos de estudio, diagnóstico y tratamiento, los cuales se fundarán en los resultados de los estudios de personalidad que debe practicar el Consejo Técnico interdisciplinario, el que se integrará por el personal directivo, administrativo, técnico y de custodia de cada centro penitenciario. Dicho estudio de personalidad debe de efectuarse a partir de que la persona quede sujeta a proceso y copia de ese estudio debe de enviarse al juez de la causa.

Las características del sistema penitenciario propugnado en la Ley de Normas Mínimas aparece en la Ley de Ejecución de Sanciones

Penales para el Distrito Federal, así; la finalidad del régimen penitenciario es la readaptación, basada en la individualización del tratamiento, el que se caracterizará por ser progresivo pues constara de los períodos de estudio: diagnóstico, tratamiento y reintegración. En los períodos de estudio y diagnóstico se realizara el estudio integral de personalidad.

Pensamos que desde el año de 1971, a nivel federal quedó normado que el estudio de personalidad es el eje sobre el que gira el tratamiento individual para lograr el fin de la readaptación social del delincuente, y que tal estudio queda en manos de un consejo técnico Interdisciplinario.

En este sentido el jurista mexicano, Antonio Berchelmann Arizpe citado por el autor Alberto Orellana Wiarco escribe al respecto: señalando que son los consejos técnicos interdisciplinarios, los que trabajan sobre la base de los estudios criminológicos de personalidad, por medio de la intervención de los diversos especialistas que criminológicamente deben confluir en dicho examen, siendo lógico que sus opiniones convergen en el análisis clínico criminológico de personalidad¹⁵.

La Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación de Sentenciados, se basa en los principios establecidos en el artículo 18 constitucional, el cual sólo establece los criterios generales y esta ley los especifica. Estableciendo que la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación Federal, es la encargada de aplicar las normas en materia federal, es decir, aplicar las sentencias federales a los reos alrededor de toda la República, para esto podrá celebrar convenios de coordinación con

¹⁵ Wiarco Orellana Octavio Alberto, *La Individualización de la Pena de Prisión*, México, Porrúa, 2000, p.161.

los gobiernos de los estados. La designación del personal directivo, administrativo y técnico de los centros de reclusión debe de hacerse tomando en cuenta la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales.

Prevé la aplicación del tratamiento, el cual debe de ser individualizado, con aportación de las diversas ciencias o disciplinas pertinentes para la reincorporación social del delincuente, apoyándose en los estudios de personalidad del sujeto para una adecuada clasificación, la cual debe de llevarse acabo con relación a los establecimientos penitenciarios de seguridad máxima, media o mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas. El régimen progresivo consta de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, el cual se divide en tratamiento en clasificación y culmina con el tratamiento preliberacional, en el cual se cuenta con permisos de salidas. Se autoriza todo tipo de acciones tendientes a establecer relaciones del interno con el exterior, como por ejemplo la visita íntima¹⁶.

Establece la remisión parcial de la pena como un beneficio preliberacional, la cual consiste en que por cada dos días de trabajo se concederá un día de remisión en prisión, siempre y cuando el recluso observe buena conducta, participe en actividades educativas y revele datos de efectiva readaptación. El factor determinante para la concesión de la remisión es el cómputo de los plazos y lo regula la Dirección General de Prevención y Readaptación Social y no el director de la institución en donde se encuentre recluso.

Es necesario que el reo pague los daños y perjuicios o los garantice, es importante señalar que en algunas legislaciones estatales, por ejemplo la del

¹⁶ Zamora Grant José, *La víctima en el sistema Mexicano*, México, Cárdenas Editores, 1998, p.131.

Estado de Puebla, no establece esta limitante. Además, señala que la remisión parcial de la pena es revocable en ciertos casos y mediante un procedimiento. Establece una lista de delitos que no tienen derecho a la concesión de este beneficio, como por ejemplo los delitos contra la salud, violación, plagio o secuestro, entre otros.

Además señala la competencia de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente del ejecutivo federal, la cual tiene jurisdicción para los delitos federales; aunque los internos no se encuentren en un centro federal de reclusión, debe de establecer contacto con las direcciones de readaptación social de cada uno de los estados de la república, para ejecutar las sanciones de los internos por delitos federales, celebrando convenios.

En sus dieciocho artículos y cinco transitorios, establece una estructura de coordinación federal para alcanzar una congruencia normativa ejecutivo penal, en todo el país; plantea el viejo problema del personal penitenciario, superando lo equivoco y lo empírico establece un sistema penitenciario, subraya los elementos del tratamiento a que se refiere la constitución e incluye otros nuevos, de tipo científico criminológico; hace nacer a nivel federal un sistema de prelibertad y de remisión de pena inusitado para nuestro medio, excepto para el régimen penitenciario e institucionaliza la asistencia a los liberados.

En nuestras normas mínimas encontramos múltiples derechos del penado: los de exigir que el sistema bajo el cual sufre su pena sea congruente con la federación; los de que se le conceda trabajo, se le capacite para él y se le eduque; los que hacen mención a tener un personal idóneo durante la fase de tratamiento, se refiere a tener un tratamiento individualizado, conforme lo reclaman sus necesidades biológicas y psicológicas, sociales y culturales: sus circunstancias personales.

Los relativos a solicitar el compurgamiento de su sentencia en un establecimiento especializado en su problema y los de que no se le mezcle con menores y con procesados, también que el régimen penitenciario tenga progresividad y sea técnico; que el tratamiento se funde en los estudios de su personalidad y en la evolución que ésta tenga se le adelante al libertad y se le conceda el beneficio de la prelibertad; que el trabajo que se le conceda sea conforme a sus deseos, vocación, aptitudes y que la capacitación entrañe la posibilidad de encontrar canalización en la libertad.

Asimismo que el producto del trabajo sea canalizado adecuadamente por la administración del plantel; que cuando haya régimen de autogobierno pueda desempeñar funciones de autoridad; que la educación que se imparta sea académica, cívica, social higiénica, artística, física y ética; que sea pedagógica correctiva y llevada a la práctica por maestros especializados; que tenga relaciones con el exterior, visita íntima; que pueda exponer sus peticiones y quejas: a la orientación del régimen; a la audiencia; al buen trato; al favorecimiento de cualquier medida que mejore su tratamiento, a ser tutelado y orientado por un organismo posinstitucional al obtener la libertad; y la remisión parcial de la pena¹⁷.

3.1.2.2.4.5.2.- ASPECTOS GENERALES DE LAS REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS, SOBRE TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS.

Estas reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Tratamientos de los Reclusos, tienen su origen en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en ginebra del

¹⁷ Sánchez Galindo Antonio, *El Derecho a la Readaptación Social*, México, Delma, 1995, p. 49.

22 de agosto al 3 de septiembre de 1955, donde fueron aprobadas estas reglas con el objetivo de reducir las diferencias, que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, toda vez de que; se consideró que todo recluso en internamiento estando privado de su libertad, debilita su sentido de responsabilidad, y pierde respeto a la dignidad de su persona.

Para el presente trabajo y relacionado con el tema que nos ocupa, considero que fue en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas Venezuela del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, donde se abordó el tema relacionado con políticas penales aplicables a los reclusos condenados a largos períodos de encarcelamiento, sobre todo en relación a la prisión a perpetuidad, donde además se concluyó entre otras cosas; la desinstitucionalización de la corrección y sus consecuencias para el preso que sigue encarcelado, destacándose la opinión de los participantes en el sentido de no aceptar la imposición de largos períodos de encarcelamiento, mucho menos la prisión a perpetuidad ya que no cumple con los fines deseados, a menos que se tomasen las medidas pertinentes para hacer regresar a los presos a la vida social en el momento adecuado.

Uno de los principios rectores aplicables a los reclusos, principio que se enuncia en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, es que las penas de privación de libertad sólo pueden proteger a la sociedad si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

De lo antes expuesto observamos que en la política criminal de prevención del delito que persiguen estas reglas mínimas, no cabe la

posibilidad de aceptar mantener encarcelado de por vida a un recluso, pues aun cuando se considere que este ya no constituye un peligro para la sociedad, su encarcelamiento prolongado más allá del plazo que se juzgue necesario por razones de justicia, teniendo debidamente en cuenta la gravedad del delito y los intereses de las víctimas, puede ser cuestionable y debería ser objeto de un estudio especial por el juzgador dentro del momento procesal de determinación de la pena y al dictar sentencia. El encarcelamiento de por vida de un recluso no concibe los principios modernos aplicables al tratamiento de los reclusos durante la ejecución de la pena ni con la idea de la reinserción de los delincuentes en la sociedad, por el contrario solamente es la más pura expresión de la venganza materializada que sólo redundará en más injusticias.

Es pues en el Noveno Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que la tendencia de Naciones Unidas toma un tinte humanizador de los sistemas de justicia penal en general y de los sistemas penitenciarios en particular, retomando los principios contemplados desde el primer congreso, en el sentido de poner en práctica las directrices para el desarrollo de las políticas y prácticas penales, aplicando las Reglas Mínimas, recordando las resoluciones de los anteriores congresos sobre la condición de los reclusos, en particular la resolución sobre la situación de los reclusos.

Con su aplicación se destaca la importancia de los intercambios internacionales y de la difusión de información y opiniones sobre el funcionamiento práctico de los sistemas penitenciarios, no sólo entre los gobiernos sino también entre las organizaciones profesionales, instituciones científicas, organizaciones no gubernamentales y el público en general, estimando que se facilitaría aun más la debida aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos haciendo circular ampliamente

entre las administraciones penitenciarias de los Estados Miembros un manual práctico sobre la interpretación y aplicación de las Reglas Mínimas, tomando nota con reconocimiento de la labor que ha llevado a cabo la Reforma Penal Internacional en la preparación de un manual titulado *Making Standards Work*, el cual tiene por principales postulados los siguientes:

1. Invita a los Estados Miembros a:

- a) Contestar, si todavía no lo han hecho, con carácter urgente, al cuestionario sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos;
- b) Intercambiar opiniones sobre el mejoramiento de las condiciones penitenciarias e intensificar su cooperación en esa esfera;
- c) Compartir información, de conformidad con la legislación nacional, sobre las condiciones imperantes en las instituciones penitenciarias con el público en general, las organizaciones profesionales, las instituciones científicas y las organizaciones no gubernamentales interesadas;
- d) Estimular y apoyar los estudios sobre los sistemas penitenciarios llevados a cabo por los medios académicos y las organizaciones no gubernamentales;
- e) Aumentar la transparencia de los sistemas penitenciarios y de su funcionamiento, facilitando su vigilancia por parte de órganos nacionales independientes, ya sea mediante la supervisión judicial o el control parlamentario, o mediante una comisión de quejas independientes debidamente facultadas o un ombudsman;

2. Invita a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal a que siga examinando periódicamente la cuestión de las condiciones penitenciarias y, en particular, recomienda que el grupo de trabajo del período de sesiones, abierto a la participación general, sobre reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal examine, durante el cuarto período de sesiones de la Comisión, posibles mecanismos eficaces de reunión

de información para tal fin, teniendo en cuenta los próximos resultados del estudio de las Naciones Unidas sobre la utilización y aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

3. Invita a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal a que considere la difusión entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas del manual preparado por Reforma Penal Internacional, para su utilización y examen, y a que solicite su parecer, con miras a elaborar una versión ulterior del manual, que habrá de examinar la Comisión¹⁸.

3.1.2.2.5.- REGLAS GENERALES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN.

Ya advertíamos que en nuestro derecho penal la existencia del hecho ilícito denominado delito, conlleva en un primer momento la existencia probada del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto delincuente, siendo la medida del injusto o la determinación de la punibilidad una fase dentro del proceso del juicio penal en si; mediante la cual el juzgador deberá de tomar en consideración los elementos del tipo penal, mas que de probar el cuerpo del delito, ya que aun cuando pudiera considerárseles conceptos sustituibles en la doctrina observe que no tienen igual significado y cuya distinción no es materia de esta investigación sin embargo, quise hacer la aclaración porque en esta parte de la investigación me he de referir a elementos del tipo entendiendo por este conductas que mediante una acción simple dañan un bien jurídicamente tutelado contemplados en la legislación,

¹⁸ Rodríguez Manzanera Luis, *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*, México, Porrúa, 1999, p.16

creando así un ambiente de seguridad y certidumbre jurídica en el proceso penal ¹⁹.

En tal tesitura las reglas que regulan el establecimiento de las penas en los distintos tipos penales, varían de acuerdo a lo que el juzgador determina en la punibilidad y siendo esta parte integrante de los elementos del tipo, esta varía de acuerdo a la descripción del bien jurídico tutelado pero existen generalidades que se presentan en la praxis judicial y que diferencian el quantum de la pena impuesta por el juez en las sentencias, ya que existen distinguos que se establecen en el código procesal adjetivo de la materia para incrementar o disminuir la penalidad y de los cuales hago un análisis en tres vertientes a saber y que son las siguientes:

AGRAVANTES: Que son las circunstancias del hecho que revelan una especial conducta en su autor y un riesgo mayor al bien tutelado, en ocasiones las circunstancias de agravación surgen por una relación preexistente entre el autor y su víctima o bien por otro tipo de motivos como pudieran ser, el momento de la conducta o el uso de determinados medios comisivos, entre otros; consecuentemente se asigna a esta forma de realización del hecho una penalidad aumentada.

ATENUANTES: Esta calidad del tipo penal se caracteriza por que la conducta a desarrollar revela una peligrosidad menor de autor y un riesgo inferior del bien, en algunas ocasiones las circunstancias de atenuación se fundamentan en una relación preexistente entre el autor y su víctima o algunas circunstancias específicas en la conducta de autor, a estos delitos se les asigna amenaza de sanción más baja frente a los tipos penales básicos.

¹⁹ Zamora Jiménez Arturo *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, México, Angel Editor, 2000, p. 91.

CALIFICATIVAS: Circunstancias extraordinarias que agravan el delito por la concurrencia de cualquiera de las acciones siguientes ventaja, traición, premeditación, alevosía, retribución, por los medios empleados para la comisión del hecho delictivo y el estado de alteración voluntaria, en general conductas que se desenvuelven de una forma extraordinaria y que traen como consecuencia aumentar la escala penal con relación a sus enunciados típicos e intencionales.

Conforme a lo anterior, identificamos como ejemplo en primer lugar el delito de robo simple y el delito de homicidio simple intencional, los que se agravan esto es; se incrementa su punibilidad cuando se cometen bajo una circunstancia calificada, entendiendo por calificativa la serie de acciones que conllevan un suceso extraordinario. Los mismos delitos pueden ser atenuados cuando se comete el robo de uso o el homicidio en riña, así las cosas vemos que las formas de comisión en sus tres modalidades sea esta agravante, atenuante o calificativa pueden afectar a un mismo bien jurídicamente tutelado como lo es el patrimonio en el caso del robo y la vida en el delito de homicidio.

Para este apartado lo importante es destacar que la punición de la conducta en cada supuesto amerita una sanción diferente en algunos casos regulares y en otros agravados o atenuados, por ende al hacer referencia a cada una de las figuras delictivas es importante que el juzgador distinga cuando existe una agravante una atenuante y cuando una calificativa, todo lo cual es fundamental a la hora de establecer la sentencia y por supuesto básico para que concurra una finalidad de la pena.

Desde nuestra óptica estas reglas generales para determinar la pena, deben tener un objetivo respecto a la finalidad de la pena pues esta, deberá estar ligada a las circunstancias a que hemos hecho referencia aquí, puesto que el juzgador al advertir las mencionadas circunstancias, podrá también utilizarlas como un parámetro para establecer si un sentenciado puede o no

readaptarse y en que medida, puesto que ya tiene conocimiento del hecho y del sujeto que le den un margen más extenso para poder determinar también que finalidad puede cumplir el penado con la sanción que se le imponga, siendo esto un sistema gradual que puede bien ser implementado en los centros de reclusión.

En mi particular punto de vista quiero decir que el sujeto que cometió un delito con las agravantes o calificativas contempladas en la ley no debe dejársele a la deriva en la búsqueda de su readaptación y si se podría establecer un proceso donde de inicio se le castigue al penado con la imposición de una pena corta de prisión, que no de cabida a beneficio alguno como parte de un fin ejemplarizador de prevención general y después de determinado tiempo se establezca la posibilidad de readaptarlo en internamiento o incluso con la oportunidad de que lo haga bajo el monitoreo de su estancia fuera de prisión, mediando por supuesto la calidad del autor como la de las circunstancias peculiares de la comisión del hecho delictuoso para que se de este beneficio.

3.1.2.2.6.- REGLAS ESPECIALES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE PRISIÓN.

En este apartado abordare las peculiaridades que establece la ley, respecto a circunstancias especiales que prevé el código penal y la ley adjetiva penal, entratandose de facultades que tiene la autoridad jurisdiccional, para determinar una sanción cuando nos encontramos en la fase del establecimiento de la punibilidad y que finaliza con la sentencia, entratandose de casos específicos como pudiera ser la comisión de un delito en grado de tentativa y el concurso de delitos, los que explico a continuación y relaciono con el tema que nos interesa que lo es el de la finalidad de la pena.

Al analizar el delito en su grado de tentativa hablamos de los tipos penales cuya composición admite un desarrollo ejecutivo causal que persigue una determinada finalidad, que no obstante al verse suspendida por motivos externos a la voluntad del autor, se deteriora o pone en riesgo el bien jurídico protegido, causando con este actuar una perturbación grave al orden social y solo así son punibles dichas conductas que alteran el establecimiento de la norma penal.

De lo anterior podemos establecer como concepto de la tentativa, el siguiente:

TENTATIVA: es la ejecución de un delito que se suspende en cualquier punto de su desarrollo objetivo, antes de alcanzar su consumación, por causas ajenas a la voluntad del autor ²⁰.

Así tenemos que el desistimiento de cometer el delito cuando es motivado por una causa ajena al autor en los supuestos que haya dado comienzo la ejecución, será punible cuando se haya causado el daño parcial al bien jurídico mediante la puesta en peligro objetivo y, cuando esto no sucede, la conducta será impune por abandono de la tentativa, en el primer supuesto el agente no llega a la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, mientras que en el segundo la no consumación en la tentativa desistida es determinación del propio autor.

No debemos confundir el desistimiento voluntario de cometer el delito con la fase tentada de un delito o con la llamada tentativa inexistente cuando se trate de actos que por si mismos pueden constituir la forma consumada de un delito como puede acontecer en el supuesto de aquel que porta un arma de fuego y que con el propósito ambiguo sale a la calle con el fin de obtener a

²⁰ ibídem, p.164.

través de la violencia un lucro indebido. En este sentido la sola conducta que implica portar un arma de fuego sin el permiso o licencia correspondiente constituye una forma consumada de un tipo penal de peligro en el que no se requiere resultado específico y por ello no podrá considerarse la existencia de una tentativa.

Existe otra circunstancia como lo es la del concurso de delitos el cual se da cuando un condenado debe purgar más de una pena proveniente de sentencias diversas e irrevocables, al respecto es necesario conocer cuál de ellas se debe aplicar primero y cuáles después siendo esta figura entendida en dos vertientes a saber y son:

CONCURSO IDEAL: el cual supone la comisión de varios ilícitos penales mediante una sola conducta; es decir hay una sola acción con pluralidad de delitos, el hecho único puede ser encuadrado en varios delitos, mismo que no podrán excluirse entre si pues todos ellos resultan aplicables.

Para cuando el juez trata de determinar la punibilidad de estas circunstancias, la autoridad judicial deberá tomar en consideración que la pena a establecer debe ser la mayor de todos los delitos cometidos, pudiendo esta aumentar hasta en una mitad del máximo contemplado para cada delito restante; si son de la misma naturaleza, si son de diversa naturaleza se podrán imponer las penas correspondientes a los restantes delitos, sin rebasar los máximos fijados en la misma ley, el juzgador al regular la acción en una múltiple tipificación delictiva, se afirma que su calificación corresponde a varias figuras jurídicamente autónomas, las de que en razón de la unidad en el momento de la culpabilidad se sancionan como un solo delito.

CONCURSO REAL: este tipo de concurso se presenta cuando existiendo varias acciones, cada una de ellas por separado conforman un delito, pues se presentan una pluralidad de conductas con una pluralidad de

Delitos, es decir; hay tantas conductas como delitos, cada una de ellas con su distinta tipificación que no puede reducirse a una sola conducta delictiva y se valora la pluralidad de hechos punibles en forma independiente, sin embargo para la aplicación de la pena en el supuesto dado del concurso real, el juez deberá de imponer la pena correspondiente al delito que merezca la mayor²¹.

El proceso de imposición de penas en el concurso real, se desenvuelve en dos etapas perfectamente diferenciadas, la primera consiste en superar el momento de subsunción de los hechos a la figura legal, el órgano jurisdiccional, en atención a la naturaleza de los actos realizados, a los daños causados o de la personalidad del autor, decide imponer la pena del delito que merezca sanción mayor, o la de todos los ilícitos cometidos. La segunda, en la que, una vez que el juzgador decidió aplicar la sanción de la del delito mayor o la de todos ellos y teniendo frente así los mínimos y máximos de pena que el legislador, en función de la idea de retribución, estableció para tales ilícitos, individualiza la sanción en atención a la peligrosidad del delincuente la cual cobra importancia por ser esta la medida de la pena, según el criterio utilitario de la prevención especial.

Ahora bien, contrariamente a lo que sucede con las penas secundarias o con las accesorias, respecto de cuyo modo de ejecución la legislación punitiva es muy clara, observamos ciertos problemas jurídicos en la ejecución de las sentencias privativas de la libertad personal, porque si bien es cierto que dentro del derecho penal existe un capítulo referente al concurso de delitos que resuelve normativamente estas cuestiones, en la ejecución de penas no existe un capítulo relativo al concurso o acumulación de penas, lo cual crea situaciones administrativas embarazosas que el funcionario penitenciario tiene que resolver al momento de proveer si el condenado tiene derecho o no a ciertos beneficios.

²¹ Díaz de León Marco Antonio, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con Comentarios*, Tomo I (Artículos 1 al 206), México, Porrúa, 2006, p.100.

En este orden de ideas el concurso de delitos es importante para la fase de ejecución de la pena y por supuesto para el tema que nos ocupa en este trabajo ya que el condenado debe compurgar más de una pena proveniente de sentencias diversas e irrevocables, al respecto es necesario conocer cuál de ellas se debe aplicar primero y cuáles después para otorgar o negar algún beneficio penitenciario, fundamentalmente y existen cuatro sistemas que maneja la doctrina para resolver la acumulación de penas: el sistema de *acumulación material*, a través del cual en el concurso de más de una pena proveniente de dos o más sentencias, es necesario aplicar todas al sentenciado, mas no de manera simultánea.

El sistema de *absorbimiento*, por el cual se debe aplicar solamente la pena de más larga duración impuesta. El sistema de *acumulación jurídica*, a través del cual se aplica la pena de larga duración convenientemente aumentada en relación con las restantes, sin que sobrepase cierto tiempo que podría ser de 50 años; y finalmente el *sistema simultáneo*, en el que se compurgan al mismo tiempo las penas privativas de libertad impuestas.

Como fácilmente se puede apreciar, el sistema de acumulación material tiene sus pros y sus contras de aplicación, porque tratándose de penas de corta duración, es obvio que el condenado alcanzará a compurgar todas las que se le acumulen; pero en relación con las de larga duración, no es posible obligar a un preso a compurgar 15 años por una condena, más 40 años por la segunda impuesta, pues con ello terminaría su vida dentro de una prisión y ello evitaría dar cumplimiento a la garantía de readaptación del condenado a prisión.

En cambio, adoptar el régimen de absorbimiento o el simultáneo sería contraproducente, porque eso terminaría por constituir un incentivo para cometer más delitos para los cuales estaría asegurada a priori la impunidad.

Por otro lado, el argumento fundamental adoptado a favor de la acumulación jurídica, la cual se regularía dentro de un mínimo representado por la sentencia que contenga la sanción mínima y un máximo de la sanción que tenga que cumplir en virtud de otra sentencia condenatoria, es el de que el sufrimiento del reo crece en proporción geométrica con el aumento de las demás penas, tomando en cuenta además el efecto intimidatorio que ejerce la pena en el reo; compartimos este criterio en razón de que criminológicamente no es verdad que a un aumento de las sanciones corresponda un igual aumento en el sufrimiento, puesto que el reo termina por inmunizarse contra el dolor, por lo que se debe introducir un coeficiente de rectificación como el señalado.

Sin embargo, dado que el anterior criterio es propio de una autoridad judicial, al tratarse de una individualización ejecutiva propia del juez de ejecución de penas, institución que todavía no existe en México, aplicamos el sistema de acumulación material, basándonos en una tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señalaba que, en caso de concurso de penas, se debía aplicar primeramente una pena y luego las otras, en razón de haber sido producto de diversas conductas; éste criterio, como puede advertirse, lleva el fin retributivo de las penas a su máxima expresión. En las apuntadas condiciones, establecemos los siguientes criterios no escritos para otorgar beneficios en las hipótesis de acumulación de penas:

I. Si un reo que está cumpliendo "x" años en prisión comete un nuevo delito y por éste reporta nueva condena, a la pena impuesta por el nuevo delito debe sumarse aquella, procediéndose a su acumulación, y sólo después de realizar esta suma se debe hacer el cómputo para sus beneficios preliberacionales.

2. De igual modo se procede a la acumulación de penas tomando en cuenta la pena complexiva cuando el reo repone diversas sentencias por delitos cometidos antes de su detención, según el día de su detención por la primera y por las restantes de acuerdo con el orden cronológico en que causaron ejecutoria.

Equivocados o no, estos criterios no tenían base legal en ningún precepto de ley secundaria o reglamento de prisiones, ya que como sucede a nivel federal, la legislación positiva penal guarda de igual modo absoluto hermetismo al respecto, lo cual ha llevado a diferentes administraciones penitenciarias, y me refiero a las locales y a la federal, a imponer criterios particulares en la acumulación de penas que muchas veces pueden ser violatorios de garantías del condenado, por lo que es urgente que también en esta fase de la ejecución sea el poder judicial, es decir el juez de ejecución de penas, quien resuelva estas controversias y no el subdirector jurídico de las penitenciarías, o peor aún el consejo multidisciplinario que existe en el distrito federal y los cuales no tienen ningún poder de jurisdicción además de que su dictamen es inatacable.

Otros criterios que resulta oportuno destacar son aquellos relativos a los días, meses y años en que la ejecución de las penas privativas de libertad se deben cumplimentar. Con dicho objetivo, se sigue el calendario común; por ejemplo, si el condenado a un mes de reclusión comienza a compurgar la pena privativa de la libertad el 1o de febrero, cesará de pagada el 28 del mismo mes, y si comienza el 15 de marzo cesará de compurgada el 14 de marzo, porque los plazos se vencen en la víspera.

No se debe tomar en cuenta la fracción del día en que debe salir de la cárcel, ya que por lo general el funcionario penitenciario no tiene conocimiento de la hora exacta en que el condenado fue detenido, pero de ningún modo debe privársele de su libertad más allá de las 24 horas de ese día, pues de otra manera se incurriría en privación ilegal de la libertad.

Aunado a todo ello en la duración de la ejecución de la pena detentativa, la prisión preventiva por mandato constitucional debe tomarse en cuenta, al establecerlo así el último párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional que establece lo siguiente: *En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

CAPITULO CUARTO

FINALIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD VITALICIA, CONTRARIA A LA FINALIDAD DE LA PENA DE READAPTACIÓN SOCIAL.

4.1. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA XIX/2006, EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

El interés por desarrollar el presente apartado, es dejar un precedente en este trabajo de que la tendencia en la impartición de justicia actualmente esta inmersa, en intereses de tinte político más que jurídicos, claramente marcados con la emisión de criterios de tesis como el que en líneas posteriores expondré, debido a que la política criminal en nuestro país, responde a la tendencia actual por parte de nuestros legisladores y a propuestas del ejecutivo, de crear tipos penales que castiguen conductas ilícitas que más daño causan a la sociedad, incrementando su penalidad, como una forma de intimidación por parte del aparato estatal con la finalidad de evitar el crecimiento de las conductas delictivas y controlar su forma de comisión, más que a su prevención.

Por lo anterior transcribo la siguiente tesis, tema central en este apartado por su trascendencia y en la que podemos analizar que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han validado la imposición de penas privativas de libertad vitalicias, dejando con esta decisión al poder ejecutivo asimismo al legislativo, en posibilidad de proponer legislar sobre el incremento y endurecimiento de las penas privativas de libertad, en el animo de combatir el delito, en virtud de lo cual; comenzare con una reseña del origen y causas a que hago referencia en este estudio de dicha tesis aislada, para emitir posteriormente mi opinión al respecto, la cual fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII - página1178, en Febrero de 2006, con número de registro 175843, perteneciente a la novena época, emitida por

el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con numero de tesis P. XIX/2006, en materia Constitucional, Penal, con el rubro de texto y contenido siguiente:

**PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL,
POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

¹ De la interpretación armónica de los artículos 18 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la pena de prisión es una medida aflictiva para el delincuente, pero necesaria para la coexistencia pacífica y armónica de los miembros de la sociedad, y tiene el carácter de preventiva, al inhibir la proliferación de conductas antisociales, al tiempo que restablece el orden jurídico que se ve perturbado por la comisión de delitos. Asimismo, la pena forma parte de la defensa social y debe responder proporcionalmente a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también, la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación sobre el mismo y la educación para que pueda convivir dentro de su comunidad. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena privativa de la libertad de por vida no es inusitada ni trascendental, dado que lo que proscribe el indicado artículo 22 es el contenido mismo de la pena, esto es, que se convierta en una práctica inhumana, como en forma ejemplificativa lo destaca el propio precepto al prohibir las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie, así como que sea trascendental, esto es, que afecte a la familia del delincuente.

¹ El interés de ahondar en el estudio referente a esta tesis de jurisprudencia, lo es manifestar nuestra opinión respecto de la incongruencia; que refleja el establecimiento de penas privativas de libertad de larga duración, por medio de las cuales nunca se establecería el fin de la pena que ordena el texto constitucional que lo es el de readaptar socialmente al reo.

Además, de haber sido la intención del Constituyente establecer un límite en la duración de las penas privativas de la libertad así lo hubiera asentado, sin embargo, dejó al legislador ordinario la facultad de determinar cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponderle a cada una de ellas. Por otra parte, aunque el calificativo "excesiva" está circunscrito a la multa, no cabe aceptar, por extensión, que también incluya a la pena de prisión vitalicia, pues debe entenderse que en este supuesto aquél no se refiere a la duración propia de la privación de la libertad, sino a que no sea acorde con la gravedad de la conducta delictiva, esto es, que la sanción exceda desproporcionalmente al hecho delictivo, en correlación con el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico. Lo anterior se corrobora, con la circunstancia de que el citado artículo constitucional permite al legislador ordinario, en determinados casos, establecer la pena de muerte, la cual, por sí misma, es indudablemente de mayor gravedad para el delincuente en comparación con la de prisión vitalicia.

Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 5 de septiembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XIX/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

Nota: El criterio contenido en esta tesis se estableció con anterioridad a la reforma del artículo 22 constitucional (Diario Oficial de la Federación de nueve de diciembre de dos mil cinco) y no interrumpe el contenido en la tesis jurisprudencial número 127/2001, de rubro: "PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 6 de septiembre de 2005, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, determinó por mayoría de votos reconocer la validez del segundo párrafo del artículo 27, en relación con los numerales 67, 194, 194 Bis, 194 Ter, 195, 195 Bis, 196 y 210, 229, 229 Bis, 230 y 230 Bis del Código Penal del estado de Chihuahua, que hace posible, en determinados supuestos (concurso real de delitos), la imposición de penas de prisión de hasta 105 años, tratándose de homicidio doloso, en perjuicio de mujeres y menores de edad o del delito de secuestro, pese a que dicha sanción pueda equipararse a una prisión vitalicia o cadena perpetua, los ministros resolvieron, que la Constitución no prohíbe las penas privativas de libertad vitalicias.

Los ministros disidentes estimaron, entre otras cosas, que las penas de prisión vitalicias o equiparables son contrarias a los artículos 18 y 22 de la Constitución Federal, de un lado, porque el legislador (en tanto poder constituido) no está facultado para vaciar de contenido todo el derecho fundamental a la libertad personal de los gobernados; de otro, porque ese tipo de medidas no presentan una relación de proporcionalidad entre los fines de la pena y los medios establecidos para conseguirlos, ya que el aumento del número de años de tales sanciones no necesariamente procura la prevención del delito. Para ello, el Pleno discutió tres cuestiones; el tema relativo a si el precepto legal impugnado prevé una pena de prisión vitalicia o equiparable; si (en su caso) la pena de prisión vitalicia o equiparable es o no contraria a la Constitución; y si la disposición legal referida es o no contraria a tales artículos de la norma suprema.

La mayoría del Pleno resolvió que el sistema de imposición de penas cuestionado sí puede equipararse a una penalidad de prisión vitalicia, porque hace posible, en algunos supuestos, la aplicación de una pena de 105 años o

más pues rebasa ostensiblemente las expectativas del promedio de vida del ser humano. Ahora bien, en el presente trabajo enfocare el análisis de dicha tesis al tema que nos ocupa que lo es; la finalidad de la pena privativa de libertad, pues de su lectura e interpretación se puede decir, que el legislador está facultado para expedir leyes que prevean penas privativas de libertad que persigan fines constitucionales distintos a la readaptación social; sin embargo, a lo que no está autorizado el legislador es a establecer penas que ignoren, excluyan o evadan de modo absoluto la finalidad de readaptación exigida por la Constitución.

Desde mi particular punto de vista, la pena privativa de libertad vitalicia o equiparable es ostensiblemente contraria a los fines que debieran perseguir la pena privativa de libertad, y al fin de readaptación social que exige la Constitución, toda vez que la naturaleza de su ejecución impide absolutamente la reintegración del individuo en sociedad, ya que ese tipo de penas presentan como objetivo único la justa retribución y generan, por tanto, una regresión del sistema jurídico equiparable a la filosofía imperante en los tiempos de la ley del talión. Del artículo 18 constitucional se desprende un mandato dirigido a la Federación y los estados en el sentido de que el sistema penal debe estar construido sobre fines ligados al respeto a la dignidad humana, porque debe estar organizado sobre la base del trabajo, la educación y la readaptación social.

La pena privativa de libertad vitalicia o equiparable es una pena prohibida por el artículo 22 constitucional, porque es innecesaria y trasciende a la dignidad de la persona humana, tomando en cuenta la ausencia de beneficio de ese tipo de penas; su escasa eficacia disuasoria; su carácter irreversible; su efecto deseducativo; así como la desvalorización oficial de la vida humana que implica.

Es una pena inusitada y trascendental porque afecta la idea del respeto a la dignidad de la persona, ya que tiende a denigrar al ser humano, al considerarlo como un medio para conseguir objetivos de publicidad para el sistema en crisis de seguridad pública, por lo que deja de tratar al individuo como un fin en sí mismo.

En efecto, el legislador, a través del establecimiento de prisiones vitalicias o equiparables denigra al ser humano, porque parte de la idea de la sociedad como organismo; del que es correcto amputar o desmembrar el órgano infectado, segregando a individuos definitivamente de la sociedad.

Un argumento en favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente superflua, por ser mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo, puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.

El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como, entre otros, lo es el de proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es o no humanitaria, infamante, cruel o excesiva o por el contrario, es acorde con los postulados constitucionales.

La proporción entre delito y pena, en el caso del poder legislativo, es hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo; al aspecto del grado de culpabilidad es una cuestión que atañe al órgano jurisdiccional. En el siglo XXI, el poder punitivo del Estado tiene fines diversos a los imperantes en épocas del pasado.

La justa retribución, la intimidación, la ley del talión ojo por ojo, diente por diente, constituyen conceptos y fines ajenos al estado constitucional democrático de derecho, en que vivimos. El juez vengador es un concepto excluyente al de juez-imparcial, previsto como garantía en todos los estados constitucionales, Democráticos de Derecho en la mayor parte de naciones en el mundo.

Así, la pena contemplada para cada uno de los delitos y el sistema para su imposición se complementan, ya que no puede concebirse el principio de humanidad de las penas si alguno de los dos, o ambos, no son acordes con la Constitución, pues las garantías individuales constituyen un núcleo indispensable para todos los poderes constituidos.

El legislador está subordinado a la Constitución, por lo que no puede crear una ley que tenga por objeto disponer de todo el contenido y eficacia de alguna garantía individual. Es decir, el legislador, en cuanto poder constituido, no tiene facultades para vaciar de contenido toda la libertad personal de los gobernados.

La norma secundaria general, abstracta e impersonal que contenga una pena privativa de libertad vitalicia o equiparable, constituye un acto que, en automático, tiene como finalidad sustraer toda la libertad personal del individuo que se ubique en el supuesto respectivo. En el momento en que se permita al legislador disponer de todo el contenido de una garantía individual, ello significará que un poder constituido puede desconstitucionalizar los derechos fundamentales.

4.1.1. CRITERIOS MÁS IMPORTANTES, ADOPTADOS POR LOS MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Al concluirse que la Suprema Corte de Justicia con la emisión de la Tesis Aislada **XIX/2006**, con rubro "**PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**"; dejaba abierta la posibilidad de que en nuestro país, se impusieran penas privativas de libertad, que abarcaran toda la vida de los sentenciados; convirtiéndose, por tanto, en una pena vitalicia, sin vulnerar ni contrariar a los artículos 18, 22 y 133 de la Constitución Federal, los ministros de la Suprema Corte de Justicia resolvieron la acción de inconstitucionalidad 20/2003; que origino la mencionada Tesis de la cual he retomado entre otros puntos a considerar para nuestro estudio los siguientes:

1) Con motivo de la acción de inconstitucionalidad 20/2003, fallada el diecinueve de septiembre de dos mil cinco, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia y donde este alto Tribunal; se desprendió que el sistema de acumulación material de penas a que se refiere el artículo 27 del Código Penal del Estado de Chihuahua, tendría como consecuencia la aplicación de penas que rebasan ostensiblemente la vida del ser humano, lo que equivale a la pena de prisión vitalicia, y con el criterio adoptado se considero que, esta pena privativa de libertad no transgrede el artículo 22 constitucional y, por tanto, ha de reconocerse su validez, llegando a la conclusión que la falta de firmas no invalidaba el decreto 790/2003; ni podría ser motivo para invalidar la norma general, que reformaba el marco jurídico penal, promulgado por la Sexagésima Legislatura del Estado de Chihuahua.

Las mencionadas reformas fueron propuestas por un sector del Congreso del Estado de Chihuahua, con la finalidad de abatir el fenómeno delictivo, debido a que las condiciones de criminalidad que prevalecen en el

país, afectaban a este Estado, por lo que la sociedad exige el replanteamiento y adecuación del marco jurídico penal con el propósito de dictar medidas legislativas encaminadas a inhibir, efectivamente, la proliferación de conductas antisociales.

2) Señalaron también que la Constitución Federal, no establece un límite de años para imponer en una pena privativa de libertad, y de acuerdo con los artículos 40 y 41 de la propia Constitución, los Estados son soberanos dentro de su ámbito competencial, para imponer sanciones penales. Lo anterior es así, ya que de haber sido la intención del Constituyente establecer un límite en la duración de las penas privativas de la libertad, así lo hubiera asentado, pero no lo hizo, sino que dejó al legislador ordinario determinar cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponderle a cada una de ellas.

3) Concluyen que la pena de prisión vitalicia o cadena perpetua no contraviene la naturaleza de la pena, pues ésta, como ya se dijo, debe atender a la gravedad de la conducta delictiva en correlación con el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico. Lo anterior se corrobora con el hecho de que el citado artículo 22 de la Constitución Federal, permite al legislador ordinario, en determinados casos, establecer la pena de muerte, la cual, por sí misma, indudablemente es de mayor gravedad para el delincuente, en comparación con la pena de prisión vitalicia.

4) Que la pena forma parte de la defensa social, que responde de manera proporcional a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también, la readaptación social del delincuente, para que pueda convivir en la comunidad a que pertenece; así, la pena privativa de la libertad de por vida no es inusitada ni trascendental.

5) Que de acuerdo a la interpretación de los artículos 18 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se interrumpen las tesis jurisprudenciales, P./J. 126/2001, de rubro **"PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL"**; y P./J. 127/2001, con rubro, **"PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL"**; las cuales siguen siendo obligatorias para las Salas de este Alto Tribunal como para todo órgano jurisdiccional.

A manera de conclusión es necesario señalar la importancia que reviste la jurisprudencia, siendo su primer efecto, la interpretación de las leyes que regulan el marco de actuación de las autoridades y las relaciones entre particulares, así como entre éstos y los órganos del Estado y, como segunda consecuencia, de igual trascendencia, dar certeza jurídica a través del establecimiento de un criterio obligatorio que vincule de manera general, de lo que se sigue que frente a lo estático de las disposiciones normativas y ante la necesidad de actualizar su interpretación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con facultades amplísimas para transformar el criterio jurisprudencial respecto del cual se solicita su modificación.

Criterios que desde mi óptica; han dejado mucho que desear, respecto a la postura que ha adoptado, nuestro Máximo Órgano Judicial Institucionalizado en el país, para resolver conflictos de legalidad, puesto que la multitudada acción de inconstitucionalidad 20/2003, genero inseguridad jurídica al vulnerarse garantías sociales e individuales, como efecto del fallo resuelto, provocando la reacción inmediata del Pleno de la Corte, que decidió resolver modificar su postura respecto al tema de la Prisión Vitalicia, dando origen a este nuevo criterio vigente marcado con número 1/2006, sin percatarse que se ha generado incertidumbre jurídica y peor aun se ha debilitado nuestro marco jurídico penal y el sistema penitenciario, el cual por cierto; esta cimentado en un Estado de Derecho, Democrático y Garantista.

4.1.1.1. RESEÑA DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

En el presente apartado, me refiero a la exposición de motivos de la publicación del criterio de tesis comentada en este capítulo, en virtud de que la discusión y análisis de los ministros, al dirimir la controversia que motivo su discusión en el pleno, denota una tendencia meramente política y no jurídica, ya que como lo expondré; es un ejemplo de la función que tiene actualmente la ley, la cual sirve como un instrumento de política criminal; pues el sistema legal en mi opinión, no es tomado en cuenta salvo para la protección de determinados bienes jurídicos, que en el caso en concreto referente a este multicitado criterio jurisprudencial, se contrapone a la finalidad de la pena privativa de libertad de readaptación del reo, demostrando con ello lo vulnerable que puede ser el sistema, en las condiciones en que actualmente se encuentra redactado el texto constitucional en la parte referente a la finalidad de la pena, al no lograr el objetivo propuesto por el constituyente de readaptar socialmente a un reo.

Así las cosas los ministros de la suprema corte de la nación, al discutir los puntos que dieron origen al criterio de tesis analizado, basaron su discusión en las modificaciones sugeridas por la sexagésima legislatura del estado de Chihuahua, las cuales fueron implementadas en el marco de inseguridad que se vivió raíz de los homicidios en contra de mujeres, en el territorio de ese estado en los últimos diez años, los que han quebrantado gravemente el orden social y causado un daño moral al perturbar la tranquilidad de todos en general, sin que los delincuentes encuentren en el orden normativo vigente un estímulo para no delinquir; arribando los legisladores a la conclusión de que habría que generar los mecanismos legales tendientes a reparar ese daño, pero sobre todo a lograr el restablecimiento del orden social.

Los ministros de la suprema corte de la nación, con el criterio de jurisprudencia que emitieron y que se analiza en este capítulo, dieron la razón a los legisladores de ese estado de Chihuahua, al considerar que la responsabilidad de los infractores, con conductas antisociales debiesen de ser castigadas con las penas que al efecto le correspondieran, con independencia de que se exceda el límite máximo establecido para la pena de prisión en ese estado, que lo era de cincuenta años y que con la modificación al código penal necesaria e inevitablemente se conseguiría, incidir en la reducción de la criminalidad en ese estado, pues habrá de inhibir en los individuos el ánimo de delinquir.

En esta tesitura, los ministros validaron los argumentos de los legisladores de aquel estado, al considerar que en la actualidad la incidencia delictiva y la evidente descomposición del tejido social, nos indican que el actual sistema punitivo no está cumpliendo con su fin primario que es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, ni con el fin último que es la readaptación social del delincuente.

Desde mi punto de vista esta situación; y con la aprobación del criterio de tesis analizada, sugerida por los ministro ante la necesidad de impedir que las conductas criminales queden impunes, dejo abierta la necesidad de replantear el marco jurídico vigente entorno a la finalidad de readaptación y si como estableció la corte, endurecer las penas como mecanismo que tienda a la conservación del orden social y la punibilidad de las conductas, será la línea de trabajo de quienes están dedicados a impartir justicia, no tendría ningún sentido considerar la readaptación como finalidad de la pena pues evidentemente no se lograría ese objetivo.

De acuerdo con todo lo anterior, los ministros consideraron valido que la legislación penal del estado de Chihuahua, en el caso de que concurrieran los delitos de secuestro y homicidio doloso en perjuicio de mujeres o menores de

edad, el delincuente podría ser sancionado respectivamente, hasta con cuarenta y cinco y sesenta años de prisión, con independencia de que pudiesen aplicarse otras agravantes o que concurriesen otros delitos, penalidades que de acuerdo al criterio de acumulación jurídica, adoptado por los ministros de la suprema corte de la nación, se compurgarían en forma sucesiva, de tal manera que el delincuente podría estar privado de su libertad hasta por un período de ciento cinco años o más.

Los ministros de la suprema corte al estudiar los puntos controvertidos, que dieron origen a la tesis analizada en este capítulo, determinaron establecer que por pena vitalicia o cadena perpetua, debía entenderse no únicamente la que se impone por una duración igual a la vida del delincuente, sino también aquella cuya duración prolongada es tal, que sería imposible que se llegase a compurgar en su totalidad, ya que rebasa ostensiblemente los límites de vida del ser humano y aun cuando en este caso el sentenciado pudiese tener derecho a determinados beneficios que en su caso establezca la legislación correspondiente, como pudiese ser la remisión de la pena en atención a su readaptación social sobre la base del trabajo, la educación y la cultura, tal circunstancia; por una parte, no se encuentra prescrita en la constitución federal, sino que es el legislador ordinario quien determina su regulación.

En atención a esto último señalado por los ministros, en la exposición de motivos de esta tesis jurisprudencial que se estudia, es oportuno apuntar que la readaptación como tal, no funciona en el sistema penal actual porque nuestros legisladores, han omitido adecuar el texto constitucional a la realidad social que refleja el fenómeno delictivo de nuestros días, pues aun cuando el sistema penitenciario esta basado en esta finalidad de readaptar al reo, no es posible continuar pensando que todos los reos pueden estar sujetos a esta finalidad, lo que en mi particular punto de vista crea incertidumbre jurídica en ciertos casos, en virtud de ello el criterio de jurisprudencia que se estudia en este capítulo, es un claro ejemplo de esta ficción jurídica.

4.1.1.2. RESEÑA DE ALGUNOS VOTOS PARTICULARES.

En este apartado avocare mi estudio al planteamiento que realizaron dos de los once ministros que conforman el pleno de la suprema corte de justicia de la nación, al votarse la multicitada tesis que se ha comentado en este capítulo, motivo suficiente para realizar un análisis, debido a que las ideas manifestadas por los ministros en su voto particular, al no aprobar el criterio en cuestión nos ilustran con sus reflexiones y razonamientos jurídicos, el motivo por el cual no están de acuerdo que se avale la imposición de penas privativas de libertad que se consideren vitalicias, logrando con ello ampliar nuestro razonamiento respecto al tema materia de la presente investigación, y tener herramientas para poder tomar una postura objetiva del asunto que causo controversia y que en este caso lo es; la posibilidad de que se impongan penas privativas de libertad vitalicias.

A continuación expongo algunos de los argumentos de dos ministros, que desde mi particular punto de vista, son contundentes en la postura que decidido no avalar la tesis que se emitió por el pleno de la corte, tal y como lo expongo a continuación; al comentar sus principales aportaciones en el resumen de sus votos disidentes.

Voto particular del Ministro Juan N. Silva Meza:

En el voto expuesto por este ministro disidente de la postura adoptada por la mayoría de integrantes del pleno, explica sus razones por las cuales no compartió la determinación mayoritaria, en relación con la forma y sentido en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad 27/2003, respecto a uno de los temas planteados en el debate que sostuvieron en el pleno, y que tiene que ver con el artículo 27 del Código Penal del Estado de Chihuahua.

Al respecto el ministro, señaló que en su concepto, el precepto cuya invalidez se solicita, es inconstitucional por lo siguiente:

1).- Como una cuestión previa, debe señalarse que los promoventes de la presente acción de inconstitucionalidad, en su segundo concepto de invalidez, ponen de manifiesto la preocupación que tienen por el homicidio de mujeres, por lo que están de acuerdo en que se aumenten las penas correspondientes. Pero aducen, que para que no resulte contraproducente, el aumento de penas debe hacerse respetando el marco constitucional que las rige, para que en un futuro los delincuentes no puedan aprovecharse de posibles vicios de constitucionalidad y puedan obtener su libertad.

2).- Las garantías individuales constituyen un núcleo indispensable para todos los Poderes Constituidos. El legislador está subordinado a la Constitución, por lo que no puede crear una ley que tenga por objeto disponer de todo el contenido y eficacia de alguna garantía individual; es decir, el legislador, en cuanto Poder Constituido, no tiene facultades para vaciar de contenido toda la libertad personal de los gobernados.

Para este ministro disidente, la norma secundaria general, abstracta e impersonal que contenga una pena privativa de libertad vitalicia o equiparable, constituye un acto que, en automático, tiene como finalidad sustraer toda la libertad personal del individuo que se ubique en el supuesto respectivo.

Para este ministro, el legislador actúa en exceso de facultades cuando dispone de toda la libertad personal de un individuo, con independencia de los bienes jurídicos constitucionales que busque proteger; las garantías individuales son el freno de las mayorías democráticas, son el límite infranqueable de las leyes. Las garantías individuales favorecen incluso a quienes cobardemente arrebatan la libertad de otros. El estado constitucional no puede rebajarse al nivel de los delincuentes, y responderles con la misma

moneda, porque no puede deslegitimarse y desvalorar la vida y libertad de los gobernados.

En el momento en que se permita al legislador disponer de todo el contenido de una garantía individual, ello significará que un Poder Constituido puede desconstitucionalizar los derechos fundamentales.

3) En opinión del ministro disidente, el legislador está facultado para expedir leyes que prevean penas privativas de libertad que persigan fines constitucionales distintos a la readaptación social; sin embargo, a lo que no está autorizado el legislador es a establecer penas que ignoren, excluyan o evadan de modo absoluto la finalidad de readaptación exigida por la Constitución; esto es, el legislador puede prever penas, persiguiendo distintas finalidades constitucionales, sin excluir la de readaptación social.

Siendo el tema central de esta investigación la readaptación social, considero indispensable analizar la postura de este ministro al respecto; y el mismo refuta la opinión de la mayoría, quienes señalaron al resolver la acción de inconstitucionalidad 27/2003; que la readaptación social no es una garantía individual y que no es necesario examinar la existencia de un perjuicio o interés jurídico, por lo que resulta irrelevante decidir si la función de readaptación social de las penas constituye una garantía individual.

En relación al mismo tema, el ministro disidente expone, que cuando una ley tolera y posibilita que una persona pueda ser recluida por cien años o más, por su conducta, esa norma busca únicamente una contraprestación a cargo de dicho individuo, lo que va ligado a una concepción retributiva de la pena, equiparable a la filosofía de la ley del talión, que cuando menos el sistema constitucional mexicano excluye expresamente a través del artículo 18 constitucional. Así mismo es también relevante que la Convención Americana sobre Derechos Humanos impide al legislador mexicano, inobservar en sus

leyes que la finalidad esencial de las penas sea la readaptación social del reo.

En el caso que nos ocupa, el tema relevante para nuestro estudio lo es; la readaptación social, que no se cumple mediante la imposición de la pena privativa de libertad vitalicia, o equiparable, que es considerada por este ministro, ostensiblemente contraria a los fines de readaptación social de las penas que exige la Constitución, toda vez que la naturaleza de su ejecución, impide absolutamente la reintegración del individuo en sociedad, ya que ese tipo de penas presentan como objetivo único la justa retribución y generan, por tanto, una regresión del sistema jurídico equiparable a la filosofía imperante en los tiempos de la ley del talión.

Por ende, ni el legislador ordinario, ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación, están facultados para reemplazar, sustituir o modificar la decisión tomada por el Poder de Reforma en el sentido de que las penas deben tener, entre otras, una finalidad ligada a la readaptación social del reo.

La cristalización de esa filosofía del poder punitivo del estado en la constitución misma, genera que no corresponda al legislador ordinario ni a los tribunales emitir juicios de conveniencia, ni de constitucionalidad, del contenido de dicha decisión.

En suma, sea o no una garantía individual la readaptación social del reo, lo cierto es que existe un mandato constitucional e internacional, dirigido a la federación, a las entidades federativas y al estado mexicano en su conjunto, en el sentido de que las normas sobre punición deben perseguir, además de otros fines, funciones de readaptación social.

Para dejar de manifiesto en este trabajo la importancia que representa, la opinión de los ministros disidentes, respecto a la tesis que se analiza en el presente capítulo y que además refleja al emitir su postura, lo trascendental

que es definir la finalidad de la pena, que ha de perseguir nuestro sistema penal, a efecto de tener un verdadero estado de derecho democráticamente organizado; tenemos la exposición del siguiente ministro disidente.

Voto del ministro José Ramón Cossío Díaz, quien así expresa su disidencia:

En primer lugar la demanda de acción de inconstitucionalidad 27/2003, que da origen a la tesis que se estudia, plantea como problema central la constitucionalidad de un sistema de sanciones que puede dar como resultado una acumulación de penas a imponerse superior a la expectativa de vida de cualquier persona. El problema que se plantea es, específicamente, la constitucionalidad de dicho sistema o mecánica general de sanciones a la luz de las garantías individuales.

Este ministro opina que una pena vitalicia es aquella que está determinada como tal por el legislador y que el carácter de vitalicio no deriva de la mera acumulación matemática de las penas, por lo que, en el caso, la pena establecida por el legislador de Chihuahua no tiene el carácter de vitalicia; puede constituir una pena mayor al promedio o exceder la expectativa de vida de una persona, pero éste es un tema distinto que no depende de la pena por sí misma sino de su administración.

De esta idea central podemos destacar de lo expuesto por el ministro referente a la acumulación de penas, prisión vitalicia y proporcionalidad, en primer término, y en relación con la equiparación del sistema de imposición de penas previsto en el artículo 27, del Código Penal del estado de Chihuahua mencionado, opino que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no prohíbe una acumulación que pueda dar como resultado una pena superior a la vida esperada del ser humano, puesto que esto depende de las condiciones particulares de la pena, la determinación en el caso concreto,

los beneficios que pudieran aplicarse y diversas situaciones legales y fácticas que no afectan la validez constitucional de la norma estudiada.

En este sentido, opina el ministro que el sistema de aplicación de sanciones propuesto por el artículo 27 del Código Penal del Estado de Chihuahua, no sería inconstitucional por no tratarse, de una prisión vitalicia prevista en la ley, mediante la determinación de su proporcionalidad, así mismo; señala que con esta decisión se contraponen valores como la readaptación, la protección del derecho a la vida, el de sancionar las conductas y, más lejano, el problema fáctico de los índices de criminalidad en el país.

El problema planteado por esta acción de constitucionalidad, para este magistrado tiene solución a partir de parámetros constitucionales, no legales como sería la desproporcionalidad en razón del límite de sesenta años impuesto por el mismo legislador o el considerar lo que sucede en las codificaciones penales de otros estados de la federación.

Un parámetro de constitucionalidad se construye desde la posición constitucional para después aplicarse a un sistema legal, teniendo en cuenta el sistema legal en su totalidad, y no en sentido inverso. Asimismo, tampoco consideró adecuado analizar la validez constitucional de una norma desde un punto de vista fáctico como sería la consideración de la frecuencia de la utilización o individualización de la misma o los índices de criminalidad que afectan al país.

Este análisis de constitucionalidad debe partir, por tanto, de una consideración sistemática, lo que implica que el intérprete debe tener en cuenta todos los contenidos constitucionales, los que se encuentran en una misma posición jerárquica y, por tanto, constituyen elementos necesarios para el contraste integral de la constitucionalidad de normas inferiores dentro del mismo ordenamiento.

Es interesante el análisis que el ministro realiza respecto del control de constitucionalidad de las leyes, en este caso en materia penal y refiere que es al legislador a quien corresponde, primero, determinar si un hecho tiene el carácter de grave socialmente y, por tanto, tiene el carácter de delito que debe ser sancionado, y después establecer la penalidad que le corresponde. En este sentido, la competencia del legislador en la determinación de las conductas sancionables y en las penas que les corresponden a las mismas es amplia, en contraste con la competencia de la Suprema Corte en el control de constitucionalidad de estas determinaciones, que tenemos que considerar restringida, esto es, referida sólo a casos excepcionales, muchos de los cuales se mencionan en el artículo 22 constitucional, como es el caso de la prohibición de penas inusitadas.

Ahora bien, una primera forma de determinar si una pena es inusitada es determinar la relación de proporcionalidad con los fines que persigue. En la protección del contenido constitucional que corresponde a la Suprema Corte salvaguardar, conviene señalar que el sistema penal se caracteriza por inhibir la garantía de la libertad pero, por otro lado, existen otras garantías y contenidos constitucionales que lo rigen, tales como el artículo 22 mencionado y el artículo 18 constitucional.

La readaptación, en nuestra opinión, no es una norma programática o una garantía de carácter social, la idea de la existencia de normas programáticas, vistas sólo como directrices generales en nuestra Constitución con poco o ningún carácter vinculante merma la función normativa de ésta por lo que no podemos coincidir con dicha postura. La readaptación es una garantía individual. Y es una garantía exigible jurisdiccionalmente como todas las demás garantías. Como garantía, debe armonizarse con otras y no puede ceder de tal manera que sea restringida o desaparezca por completo.

La Suprema Corte, como Tribunal Constitucional, debe procurar por el fortalecimiento de la Constitución en todas sus expresiones y como una norma compleja, un cuerpo normativo que, como lo hemos mencionado repetidamente, exige que su interpretación se haga de manera sistemática. En este sentido, pensamos que el modo de entrar a analizar las garantías individuales es, primero, respaldar claramente su carácter de garantías por lo que, como dijimos, no coincidimos con la caracterización de cualquiera de éstas como norma programática y segundo, relacionarlas con otras garantías establecidas en la Constitución.

Continúa diciendo el ministro, que la mayoría confunde la clasificación entre garantías individuales y garantías sociales y las vertientes subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.

Con esto último se quiere aludir a que todo derecho fundamental tiene una vertiente objetiva que resulta de la posibilidad de que los individuos de modo individual puedan reclamar su violación por parte del estado. En este sentido, podemos entender, por ejemplo, la garantía de la libertad de expresión en su sentido objetivo como una garantía que tiene como resultado la formación de una opinión pública informada para la toma de decisiones en un estado democrático. Esta vertiente objetiva de la garantía, sin embargo, no sustituye el concepto o vertiente subjetiva del derecho en cuestión, y de ninguna manera convierte a la garantía individual en una garantía social.

Esta operación conceptual puede hacerse con todos los derechos fundamentales establecidos en la constitución, y no por ello estos derechos se convierten en derechos individuales en derechos o garantías sociales. El ministro disidente expresa, no estar de acuerdo con la separación que realiza la mayoría de los demás ministros que aprobaron este criterio de tesis, entre el contenido de los artículos 18 y 22 constitucionales mencionados, para este

ministro dichos artículos deben ser analizados conjuntamente pero haciendo una distinción, que la mayoría no hace en cuanto a su genealogía. El artículo 22 tiene sus antecedentes al menos desde la Constitución de 1957, y el artículo 18, en cuanto a la rehabilitación, surge mucho después, con una filosofía penitenciaria y de derechos humanos muy distinta.

Para este ministro la sanción penal es una medida aflictiva para el delincuente, pero necesaria para la coexistencia pacífica y armónica de los miembros de la sociedad; la sanción penal adquiere, por otra parte, el carácter de preventiva, al inhibir la proliferación de conductas antisociales, al mismo tiempo que restablece el orden jurídico que se ve perturbado por la comisión de delitos. Desde esta perspectiva la pena forma parte de la defensa social, que responde de manera proporcional a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también la readaptación social del delincuente.

Respecto al tema que nos ocupa, el ministro considero que la readaptación social es un derecho fundamental que tiene una vertiente individual y subjetiva, me parece que el mismo no puede ceder en condiciones absolutas a una política o a un fin constitucional consistente en un castigo no proporcional a las conductas delictivas. Estimo que debe establecerse un balance y por ello, debe mantenerse una relación de proporcionalidad entre castigo, readaptación y nunca determinarse la posibilidad consistente en que por razón de la pena, en sí misma considerada, se anule por completo la posibilidad de readaptación. No puede anularse por completo una finalidad, que además tiene forma de garantía, desde el momento de la determinación de la pena misma.

Existen, además, los fines establecidos por el mismo legislador al determinar los delitos y las sanciones, éstos pueden servir como parámetro de

análisis de su actuación ante un control de constitucionalidad. Esto en razón de que si el legislador puede establecer la condición de gravedad y si puede establecer la condición de la pena, la manera menos intrusiva de que la Corte controle la constitucionalidad de sus actos es con base en las razones dadas por el mismo legislador.

Considero, por tanto, que la Suprema Corte tiene la posibilidad de analizar la adecuación medio a fin y, consecuentemente, emitir un juicio de constitucionalidad en esas condiciones, en el presente caso, encontramos un problema entre lo que el legislador trata de resolver y lo que establece para resolverlo, es decir, una falta de adecuación entre el fin y los medios, entre el fin de combatir la impunidad y el medio, la elevación de las penas.

El tema de los alcances de las facultades de los órganos legislativos al momento en que establecen delitos y penas frente a la Constitución, constituye uno de los grandes temas de justicia constitucional y refiere al respecto, que existe la necesidad de generar criterios o estándares que nos permitan construir respuestas más sólidas a partir de métodos uniformes, en este caso el criterio utilizado como evaluación es el de proporcionalidad y menciona los siguientes:

- 1) La existencia de un parámetro de constitucionalidad,
- 2) Los alcances de la competencia de los órganos de control constitucional, específicamente de la Suprema Corte de Justicia.

De esto último se observa que la evaluación de proporcionalidad debe centrarse en los elementos expresados por el mismo legislador al momento del establecimiento de la pena. El ministro refiere estar de acuerdo con la diferenciación propuesta por el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, en cuanto al problema de si la prisión vitalicia o perpetua constituye una pena

inusitada y considera que sí lo es; por imposibilitar el cumplimiento del fin constitucional de la readaptación.

Referente a la postura que tomo la mayoría de ministros a partir de la consideración de la situación de delincuencia que se vive en el país y de esa perspectiva, entender el sistema sancionador que prevé la constitución, el ministro Cossío Díaz, opino que debe hacerse en sentido inverso, ya que vivimos en un estado constitucional y democrático; refiere que un estado constitucional y democrático debe mantenerse a pesar de las amenazas que reciba, en virtud de que no tiene sentido alguno sostener un estado democrático y constitucional, para hacer excepciones en la medida en que factores externos a la propio constitución influyan sobre ésta; y concluye diciendo su postura central, en la cual fundo su negativa para aprobar el criterio de tesis que se analiza en el presente apartado y que desde mi particular punto de vista tiene razón al manifestar; que el único estado viable es el que tiene la capacidad de, a pesar de los enormes fenómenos de delincuencia que se viven; mantener y respetar los derechos fundamentales, en este sentido los derechos fundamentales, combatir las condiciones de delincuencia, pero no a la inversa.

4.1.2. SISTEMÁTICA NORMATIVA EN LA IMPOSICION DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA.

La pena privativa de libertad o prisión vitalicia no tiene cabida en nuestra constitución, por tal motivo no puede tener una sistemática normativa es decir, no opera su aplicación porque ni la constitución, ni mucho menos la legislación penal en nuestro país, sea esta federal o local la contemplan, por tal razón; si se pensara en imponer sanciones privativas de libertad que ostensiblemente rebasaran el promedio de vida normal de una persona, la mayoría de nuestros

códigos penales tendría que modificarse en su texto, no estableciendo límite respecto o al número de años que tendría que pasar un sentenciado en reclusión, cuando cometa ciertos delitos o bien establecer la coexistencia de la punibilidad que se maneja actualmente en la mayoría de los códigos penales con la prisión vitalicia.

La tendencia actual que se mira en el aparato punitivo estatal, en el sentido de endurecer las sanciones penales mediante una política represiva de mano dura; implementada por el ejecutivo, la cual abarca desde un incremento notable en las corporaciones policíacas (incluidas los programas de capacitación extranjera en seguridad), aumento de penas mínimas, hasta la creación de centros penales dotados de mayor tecnología de máxima seguridad, ha llegado a influir en el poder judicial de forma negativa, ya que existe una campaña tendiente a que los jueces endurezcan el uso de la prisión, lo cual desde mi óptica no se justifica y no se diga desde el punto de vista normativo, ya que no se encuentra legitimado el aumento de la pena privativa de libertad máxima, establecida en nuestros códigos penales y los fines que se persiguen con ella, reflejando el retroceso en la concepción de la sanción y privilegiándose el uso de la prisión ante la influencia ejercida por los medios de comunicación, los cuales influyen en la sociedad mediante la implementación de campañas de ley y orden; imperantes en la sociedad actual y los grupos en el poder.

La tendencia a la que he hecho referencia no tiene cabida, en un estado democrático de derecho como lo es el nuestro, en principio porque no existe igualdad conforme lo dispone el numeral 1 de la carta magna, el derecho penal en general y la pena en particular deben cumplir con una serie de postulados, el estudio del tema que se aborda en el presente apartado, nos obliga a mencionar los siguientes principios: proporcionalidad, racionalidad, justicia, pro

libertate, pro hómine así como el de derecho penal mínimo; la fundamentación filosófica, política y práctica de la pena es consecuencia de tales postulados, específicamente el objetivo resocializador, como finalidad esencial ya que incluso la convención americana sobre derechos humanos, de la cual México ha formado parte, le atribuye la categoría de derecho fundamental.

Observamos pues que la posibilidad de que se impongan penas privativas de libertad, superiores a las que actualmente han considerado nuestros legisladores en los códigos penales, para hacer frente a las conductas delictivas es anti sistémico, haciendo énfasis que de llegar a pensarse en la pena privativa de libertad vitalicia, tendríamos que pensar en transformar todo nuestro sistema punitivo e incluso renunciar a tratados internacionales que México a suscrito y específicamente a la convención americana sobre derechos humanos, reformulando por supuesto toda la legislación normativa penal y los principios que la rigen, incluso sería un retroceso histórico del “ius puniendo”; ya que como lo hemos visto en otros capítulos en este trabajo, la prisión como sanción fue pensada como medio de control social en harás de un movimiento humanizado y proporcional de las penas.

En otro orden de ideas, con la imposición de la pena privativa de libertad vitalicia, resultarían vulnerables algunas garantías individuales de que goza toda persona, con una decisión como la de ver reflejado el terror estatal imponiendo penas ostensiblemente muy elevadas, para evitar que la delincuencia crezca, lo cual por cierto nunca se ha logrado mediante el incremento del castigo, además de que no es permisible para el estado social demócrata de derecho que nos rige, la posibilidad de implementar en nuestro sistema penitenciario, de carácter eminentemente humanista el terrorismo y la violencia institucionalizada detrás de los muros, esto último refleja solamente;

la poca imaginación por parte del aparato estatal para imponer otros medios alternativos a la prisión, que coadyuven a lograr los fines re socializadores basados en la prevención especial.

En tal tesitura es necesario decir que la falta de precisión en nuestra legislación, respecto de cómo es que puede un juzgador determinar penas que rebasen en tiempo la vida normal de un ser humano, resulta anti sistémico, carente de fundamentación y legitimación constitucional, como lo argumentare en el siguiente apartado.

4.1.2.1. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA.

Teóricamente no es aceptable la postura adoptada por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir el criterio de tesis que se estudia en este capítulo, el cual avala la imposición de penas privativas de libertad vitalicias, en virtud de que como lo hemos venido refiriendo, no existe disposición constitucional alguna que funde y faculte su imposición, ya que incluso contraviene o se contradice el mandato constitucional en algunos artículos, como esta redactado actualmente el texto al dejar abierta esta posibilidad por lo siguiente:

De inicio debemos decir que de acuerdo a la jerarquía de las normas, el texto constitucional tiene por encima de todas las leyes, la potestad jurídica de tener redactado en su texto la posibilidad de imponer penas privativas de libertad vitalicias, cuando se cometan ciertas conductas ilícitas, por tal motivo la imposición de penas privativas de libertad de carácter vitalicio, no tiene cabida tal cual esta redactado el texto constitucional pues no la contempla en ninguno de sus artículos, con lo anterior podemos decir que la constitución no hace una enumeración de penas prohibidas o permitidas, que fueren imponibles a los

delitos, porque jurisdiccionalmente ello corresponde precisarlas a los Códigos Penales federal o de los Estados.

De esta forma diremos que en los Códigos Penales de carácter federal y locales, no existe alguno que faculte su imposición, ya que la mayoría de legislaciones penales en su texto contemplan solamente penas privativas de libertad, que van desde los 40 hasta los 70 años de prisión como máximo y la aplicación de pena privativa de libertad que rebase estos límites que fijaron nuestros legisladores, contravendría la ley y peor aún la constitución, tal y como lo hemos venido señalando no se respetaría la jerarquía de las normas, lo cual crearía un vacío legal. Así pues la aplicación de penas privativas de libertad vitalicias, son inconstitucionales desde mi particular punto de vista, ya que no encuentran aplicación jurídica real dentro de los textos de las legislaciones en nuestro derecho positivo mexicano.

No obstante, a fin de pasar de la teoría a la práctica y demostrar lo expresado en el apartado anterior; si se analiza y se correlaciona con datos conocidos de la realidad jurídica, social, política o económica, algunos artículos de la Constitución que se contravienen son:

El artículo 22 constitucional por supuesto, que se contraviene, con la determinación de imponer penas privativas de libertad, ya que en su primer párrafo señala: que están prohibidas la pena de muerte de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

Ciertas penas, no nombradas específicamente en el artículo 22 constitucional, han sido clasificadas por la doctrina como de carácter inusitado, o no acostumbrado. No se necesita hacer mucho esfuerzo para entender qué

es lo “inusitado”; lo cual en términos del Diccionario de la Real Academia quiere decir: “no usado, desacostumbrado”.

Enumero algunas sanciones de esta clase que traigo a mi memoria: la pena de trabajos forzados; la pena de tormentos; la pena de prisión vitalicia. El tema que nos ocupa, exige plantear la siguiente pregunta: ¿a qué hace referencia la Constitución cuando decimos cadena perpetua o mejor dicho pena privativa de libertad vitalicia?; la respuesta con base en lo expuesto por el Pleno de la Suprema Corte no viola la Constitución; postura que deja de lado el contenido formal del texto constitucional, ya que como lo hemos analizado con fundamentos y razonamientos jurídicos, trasgrede el citado artículo 22, que en su contenido expresamente no refiere la cadena perpetua o pena privativa de libertad vitalicia.

Como puede apreciarse el artículo 22 constitucional, en sus distintos párrafos, sólo establece algunas penas prohibidas y otras excepcionalmente permitidas, sin embargo; no hace alusión expresa a la posibilidad de imponer penas privativas de libertad vitalicias, tal cual lo expreso el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar la pena privativa de libertad vitalicia como constitucional.

Otro artículo que se contravendría lo es el artículo 14 constitucional, el cual señala lo siguiente en su párrafo tercero: “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”; esto último no es sino la expresión fundada en la constitución, del principio *nulla poena sine lege*, lo que para el mundo del derecho penal significa, que no puede imponerse pena que no este establecida en la ley; y por supuesto que la pena privativa de libertad de carácter vitalicia, no esta contemplada ni en la constitución, ni mucho menos en alguno de los códigos penales de la federación.

De igual forma, con la imposición de la prisión vitalicia, se contradice el texto constitucional en su artículo 16, el cual contempla dentro de su redacción algunas formalidades que deben de cumplirse con la emisión de algún acto de autoridad, así mismo; la autoridad debe respetar la garantía de mandamiento escrito, la cual implica que la autoridad cualquiera que sea, esta obligada a fundar y motivar su resolución o acto de molestia que sobre el particular ejerza, tomando en cuenta que fundar para efectos jurídicos, es la exigencia constitucional que obliga al estado, a señalar en su mandamiento el precepto legal aplicable al caso, situación que estudiada a fondo y respecto a la aplicación de la pena privativa de libertad vitalicia, pondría en evidencia a cualquier autoridad, que sin fundar su mandamiento la impusiera.

Así también se contraviene la primera parte del segundo párrafo del artículo 18 constitucional, en virtud de lo siguiente: “Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”, el texto constitucional como lo señala el precepto referido, establece la posibilidad de que la persona que sea sujeta a una pena privativa de libertad, se reintegre a la sociedad y a su medio familiar, lo que no sucedería si se establecieran penas privativas de libertad vitalicias.

Como decíamos al principio en el presente apartado, tenemos que hacer respetar la jerarquía de las normas que nos rigen, ya que debe prevalecer la certidumbre y seguridad jurídica, para que los gobernados tengan confianza en el estado mexicano y se fortalezca con ello, a las instituciones que conforman el sistema penal de nuestro país, en pro de la constatación del estado democrático de derecho, que tanto pregonan nuestros actuales gobernantes.

4.1.2.2. VULNERABILIDAD DE GARANTÍAS INDIVIDUALES CON LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA.

En estas líneas me interesa destacar que, para algún sector de la sociedad la prisión suele causar una sensación de seguridad, a pesar de la débil justificación que representa la amenaza del encarcelamiento, sin embargo; en más de las veces, lo ocurrido al interior de una prisión no interesa, y quisiera decir; que dentro de muchas de estas instituciones, suceden día con día numerosos atracos y atentados a la condición humana. Esto se ve desde afuera y, mientras no se sufra lo que ahí acontece, la indiferencia es el mejor rostro que se le puede dar, por ende enfocare mi análisis, específicamente a posibles violaciones a derechos fundamentales, que con un encierro prolongado se pueden causar, trasgrediendo derechos incluso de terceros.

Antes de entrar al fondo del subtema en el presente apartado, quisiera aclarar que no es de mi interés, victimizar al sujeto delincente, ni mucho menos a los reclusos, simplemente quisiera decir; que se trata de una persona más; pues el hecho de que exista un sistema carcelario y puertas al interior de una prisión no le resta esa condición.

Actualmente sucede un fenómeno de estigmatización del hombre delincente en grado superlativo, lo que nos hace pensar que la clase social que detenta el poder, impone reglas de conducta, e incluso influye en el resto de la sociedad para denostar a las personas que por su condición social (en más de las veces por su aspecto o por la cara), son más vulnerables al aparato represor del estado, lo que habla de entrada de falta de equidad e igualdad, frente a la ley de quienes delinquen, frente al resto de la sociedad y sucede a menudo, que este fenómeno da la apariencia de que el sistema penal no es un sistema garantista, por lo menos en la fase de ejecución de la pena.

Así pues tenemos que decir que dentro la mayoría de instituciones penitenciarias sino es que en todas, el encierro se vive con sus propias reglas

de convivencia, donde los mismos internos tienen sus propios códigos de conducta, pero no solo los internos sino la autoridad penitenciaria y personal encargado de la seguridad de cada uno de estos centros de reclusión.

Debemos decir, que esto esta más que documentado y basta hacer una visita al interior de cualquiera de estos reclusorios, para darnos cuenta de esto último que afirmo con conocimiento de causa y que hago alusión debido a que si esto esta sucediendo en nuestras cárceles, con penalidades y encierros de duración no tan prolongada imaginemos que sucedería con penas privativas de libertad de carácter vitalicias, donde de entrada no están legitimadas este tipo de penas.

En otro apartado advertíamos de lo inconstitucional que resulta imponer penas privativas de libertad vitalicias, lo que aunado a lo expuesto en estas líneas podemos concluir, que si existen violaciones flagrantes a garantías individuales manifiestas en algunos preceptos constitucionales y que como hemos referido en líneas que anteceden, son parte de las incongruencias que hacen vulnerable a nuestro sistema penal y que más que incongruencias, yo denominaría ficciones jurídicas que no aplican a la realidad social, especialmente a la realidad de aquellos que se encuentran privados de su libertad en algún centro de reclusión, máxime si la reclusión fuese de por vida; siendo las siguientes garantías las que sufren una mayor trasgresión:

- Violación a Garantías de Seguridad Jurídica: este tipo de garantías exigen, que el estado mexicano brinde al gobernado un respeto absoluto, por los derechos mínimos que la constitución nos otorga, pues ello crea un ambiente de seguridad, siendo obligatorio que el actuar del estado respete la ley, lo contrario seria ilegal. Al ahondar en el tema del incremento de las sanciones al grado de imponer penas privativas de libertad vitalicias, tenemos que decir; que su imposición conllevaría una trasgresión directa a los

artículos 16,18 y 22 constitucionales (considerados por la doctrina como garantías de seguridad jurídica), por ende el estado no actuaría con base al ordenamiento constitucional, propiciando inseguridad jurídica para los gobernados que tuviese que compurgar penas tan elevadas.

- Violación a Garantías de Igualdad: este otro derecho fundamental contemplado en nuestra carta magna, exige que la ley no haga distinciones, es decir; el disfrute de las garantías que nos brinda la constitución debe contemplar a todo sujeto con capacidad legal, no importando su raza o su condición social, económica, política e incluso física, ya que la garantía de igualdad esta reconocido como un derecho *erga omnes*, que todo hombre o mujer por el simple hecho de serlo debe disfrutar de ella.

Tocante al tema que nos ocupa de la imposición pena privativa de libertad vitalicia, diré que este tipo de penalidad trastocaría esta garantía individual, debido a la exclusión y diferenciación que los jueces tendrían que hacer al determinar dicha penalidad, para con los delincuentes que por su conducta delictiva reiterada o su actuar tan gravoso para con la sociedad, lo cual sería contrario a la garantía de igualdad contemplada por el artículo 1 y 13 de nuestra constitución, ya que por un lado la constitución protege con sus garantías a todo individuo, salvo en los casos y condiciones que ella misma prevé, asimismo; nadie puede ser juzgado por tribunales o legislaciones especiales, sin embargo; el respeto a la igualdad de cualquier individuo frente al aparato estatal, desde mi punto de vista debe ser incondicional, como lo deben ser todas y cada una de las garantías contempladas en nuestra carta magna.

- Violación a Garantías de libertad: pensar en la connotación de la palabra libertad, es no condicionar al pensamiento a definición alguna, ya que eso es precisamente, en un juego de palabras la representación de lo que significa libertad, que en estricto sentido, libertad significa; la decisión que cada

individuo o colectividad toma al actuar de una forma o de otra, siempre que no se trastoque la libertad de otro individuo o grupo y respetando el orden establecido por las normas morales o sociales impuestas.

Esta facultad de decidir la forma de actuar que cada uno tenemos, considerada como garantía consagrada en nuestra constitución, nuevamente pareciera estar condicionada a respetar la libertad de otros, sin embargo; es evidente que con un encierro absoluto mediante una pena privativa de libertad vitalicia, lo que se trastoca mediante la imposición de la prisión contemplada en la misma ley, es la libertad de el sujeto delincuente a otras libertades consagradas en la misma ley, de esto último nos sirve de ejemplo, el derecho de petición contemplado en nuestro artículo 8 constitucional, ya que de algún modo la persona sujeta a reclusión se ve limitada a solicitar la protección de la autoridad a sus necesidades más apremiantes, las cuales son demasiadas cuando se vive en reclusión máxime si las condiciones de la reclusión no son las adecuadas.

- Violación a Garantías de Legalidad: este tipo de garantía obliga a todos los órganos del estado, a respetar el ordenamiento constitucional y sus facultades y atribuciones se encuentran limitadas a lo establecido por la misma ley, infiriéndose que nuestro sistema de derecho y en partícula el derecho penal es legalista, pues para que los órganos del estado puedan afectar la esfera jurídica del gobernado debe de prevalecer la ley; lo que en el supuesto dado de llegarse a imponer la pena privativa de libertad vitalicia, evidentemente se trasgrediría esta garantía ya que contraviene varios preceptos de índole constitucional que la contemplan.

Podemos decir que aún cuando existen organismos como el de los derechos humanos, que se encarga de velar por los derechos fundamentales de los internos, en cualquier centro de reclusión, observamos que la vida en los penales en más de las veces los internos, son objeto de una serie de tratos

infamantes e inhumanos, ya que incluso llegan a ser amenazados, extorsionados ellos o sus familias, para que no denuncien lo que pasa dentro de los penales; y ante el temor fundado por sus propias vidas o las de sus familias, hacen caso omiso a los problemas que les aquejan, creando un ambiente de ausencia de todo tipo de garantías o antinomias legales, debido a que al estar una persona en prisión sea su estancia corta o prolongada, no dejan de serlo por su condición de encierro, situación que debe de cambiar si lo que se busca es avanzar con este problema social tan complejo.

4.1.2.2.1. READAPTACIÓN SOCIAL COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

El derecho del penado a la readaptación existe en la mayoría de constituciones y países; pues hemos visto que la readaptación es un derecho humano, o como en nuestro sistema normativo se le ha denominado, garantía individual, y es importante decir, que de estos derechos constitucionales, emanan sin lugar a dudas, los demás principios o derechos secundarios.

Por otra parte, debemos poner en la balanza, los derechos individuales, por un lado y por otro, los que la sociedad tiene para que el delincuente se readapte; se una a lo que se considera corriente productiva, acorde con los principios jurídicos establecidos. Así las cosas los derechos sociales de la comunidad e individuales del penado, a la readaptación, están consagrados, en forma concreta, en todo el derecho constitucional del mundo.

En este orden de ideas, debemos decir que las personas privadas de la libertad no pierden todos sus derechos, por el hecho de cumplir sus penas en un establecimiento penitenciario, en la práctica sucede que estos individuos en su mayoría, se convierten en objetos sometidos a la arbitrariedad de la

administración y autoridades penitenciarias, lo cual es incompatible a todas luces con un moderno Estado de Derecho, pues uno de sus principios fundamentales, tiene que ver con los derechos de sus ciudadanos, esto es; que el Estado no puede ejercer su poder de manera arbitraria si no que, se encuentra limitado por las normas jurídicas.

De esta manera, el interno en un centro carcelario es un sujeto de derechos que, como regla general, será titular de los mismos derechos que las personas libres (ámbito de reserva) y, como excepción, sufrirá las limitaciones especialmente previstas en el ordenamiento jurídico como inherentes a la resolución judicial que dispuso de la medida.

A estos derechos básicos que le corresponden a los internos de un centro carcelario se añaden un conjunto de derechos que surgen de la relación especial que genera con el Estado como consecuencia de la privación de la libertad. Es aquí donde cobra importancia la Readaptación Social de los internos pues si bien, es cierto; que la readaptación le corresponde impulsarla a la institución penitenciaria, a través de sus diferentes programas de educación y medios empleados en los diversos establecimientos de trabajo, corresponde en gran medida a los sentenciados adecuarse a las reglas impuestas por la institución, para lograr su recuperación a esta enfermedad que es el delito.

Desde mi óptica, la Readaptación nunca existirá a pesar de todos los esfuerzos que realicen las autoridades penitenciarias al respecto, si no, los internos se concientizan de la responsabilidad individual que les debe de representar, estar en un centro carcelario, pagando por una culpa atribuible a su actuar, demostrado jurídicamente durante la etapa procesal en el juicio penal.

Así mismo, los textos normativos me parece deben ser puestos en práctica, ya que la mayoría de las legislaciones, han puesto especial interés, en

regular un amplio catalogo de de derechos de las personas privadas de su libertad, sin conseguir hasta hora que estas disposiciones normativas se respeten. Según creo, dos factores influyen especialmente para que el derecho a la readaptación social sea reconocido en los textos normativos y admitido de manera general por la jurisprudencia y la doctrina y eviten la visión actual de este derecho individual sólo como ficción jurídica en la realidad del ámbito carcelario.

Por un lado, la falsa idea de que el derecho a la readaptación social aún estando reconocido en las convenciones internacionales de derechos humanos, los textos constitucionales y las leyes secundarias, es una declaración programática de principios que deben orientar la ejecución de toda sanción privativa de libertad sea esta corta o prolongada, pero que pueden dejar de cumplirse, sin que se generen consecuencias jurídicas, cuando el estado alega que no esta en condiciones de llevarlos a la práctica.

Así las violaciones a los derechos de las personas privadas de la libertad se suceden día a día sin provocar reacción en los organismos del estado involucrados en el tema ni causar conmoción en la opinión pública salvo cuando los internos se manifiestan con violencia a través de los motines. Sin duda, éste no es sólo un problema normativo y, por ende, no se soluciona únicamente con cambio en las leyes. Pero la ley podría favorecer una interpretación correcta de la jurisprudencia estableciendo claramente las consecuencias del incumplimiento de este derecho fundamental que lo es la readaptación social.

En segundo lugar esta la vigencia de los derechos de las personas privadas de su libertad, pues existe una falta de claridad para definir cuales son los límites que puede sufrir el interno en el ejercicio de sus derechos como consecuencia de la medida judicial que dispone el encierro y es aquí donde creo, debe influir la finalidad de la pena privativa de libertad, pues de ello

depende en gran medida que la autoridad judicial coadyuve con una estrecha vigilancia, de forma periódica, para conocer si efectivamente el interno se esta recuperando y si se lleva acabo al pie de la letra su cometido con su sanción que impuso.

Ahora bien, se ha aceptado de manera unánime que las personas privadas de su libertad conservan un ámbito de derechos amparados por el principio de legalidad, se ha admitido, que estos derechos no son absolutos y pueden sufrir límites en su ejercicio.

El problema es que los textos normativos no han fijado con claridad el alcance de la facultad de la administración para limitar los derechos dejando, de esta manera, un amplio margen para la arbitrariedad, impunidad y la corrupción.

Por esta razón considero que dentro del proceso de garantizar la seguridad jurídica en el ámbito carcelario no alcanza con reconocer los derechos formalmente, sino que es necesario asegurar adecuadamente que los límites a su ejercicio no terminen por anular su vigencia cuanto más amplias sean las facultades administrativas para limitar, menor será la vigencia práctica del derecho que puede llegar, incluso, a ser anulado y es aquí donde sugerimos la intervención de la procuraduría penitenciaria, propuesta y sujeta al ordenamiento normativo, que tenga facultades de vigilancia, control, operación de los medios encaminados a lograr una mejor readaptación social y de esta manera, tendríamos un derecho reconocido formalmente que tendría eficacia práctica en la realidad, propugnando siempre por una extensión desmedida de los límites a su ejercicio.

4.1.2.2.2. READAPTACIÓN SOCIAL COMO FINALIDAD DE LA PENA.

Hoy día el sistema penitenciario, en nuestro país en general y en la mayoría de las legislaciones secundarias, que regulan la ejecución de sanciones; muestran la resocialización de los reos, como una garantía de seguridad jurídica, cuando en general y lo vemos a diario en los medios de comunicación, este mito de la readaptación dentro de los penales; es una muestra de inseguridad más, pues es del dominio público y vasta ver las estadísticas, que sólo uno de cada cuatro ex convictos, una vez puesto en libertad vuelve a reincidir.

Situación que pone en evidencia la impartición de justicia, contribuyendo además a promocionar la opinión respecto a que, la criminalidad se acentúe como una actividad cuasi normal, pues se muestra a diario en los medios de comunicación, al delincuente como un superhombre capaz de burlar astutamente la justicia, creando además un problema de inseguridad y desconfianza en la prisión, aún cuando el modelo carcelario impuesto tiene la finalidad de contener el delito por medio de la prevención general y en algunos casos con la mera retribución a su máximo esplendor.

Siendo la prisión una medida de control social y la fuente que legitima el discurso penal, el estado debe considerar reforzar los medios idóneos para llevar acabo fines de prevención especial, por medio de los cuales se logre el fin último de readaptación social, aun cuando se han llegado a considerar modelos de prisión sin garantía de resocialización. En este mismo sentido; confróntese lo expuesto por Álvarez Gómez Ana², opina que, la prisión mal puede reinsertar socialmente al delincuente, si lo que se hace con el sujeto es apartarlo precisamente de esa sociedad a la que se quiere que vuelva y continua diciendo, la prisión nace históricamente para resocializar al infractor.

² Álvarez Gómez Ana, *Sistema Penitenciario entre el Terror y la Esperanza*, Orlando Florida, Cárdenas Editores, 1991, p. 5

La misma autora agrega lo siguiente; sólo se puede concebir la ejecución de las penas cuando el mandato constitucional obliga a la administración penitenciaria a un régimen de vida lo más semejante posible al que existe en libertad, el tratamiento, como elemento que incide directamente en la personalidad, debe caminar al margen de todo aquello que signifique ejecución, pues sólo de esta forma se podrá hablar propiamente de resocialización penitenciaria.

Contrario a lo expuesto por la autora en cita, considero que es imposible seguir manteniendo en nuestras legislaciones la idea de que el tratamiento penitenciario es la única opción en prisión de contrarrestar el afán criminógeno, para transformar la personalidad del sujeto delincuente. Esto último a manera de ejemplo lo observamos en la Ley de Ejecución de sanciones Penales para el Distrito Federal, que en su artículo 12, establece que la finalidad de la ejecución penal debe basarse sobre un régimen progresivo y técnico tendiente a la *Readaptación Social*, con dos períodos, A) Estudio y diagnóstico, B) tratamiento en Internación, externación, preliberación y postpenitenciario.

Sin embargo, comparto con Ana Álvarez Gómez, su comentario referente a que el trabajo del ejecutor de la sanción, debe estar basado a convertir la prisión en un lugar semejante a lo que pudiera ofrecerse en el exterior, lo cual obligaría a las autoridades penitenciarias a la imperante y urgente necesidad de respetar los derechos humanos de los reclusos sea corta o prolongada su estancia en prisión.

Para que esto último pueda verse reflejado en la realidad y no exponerlo como una mera utopía, lo que se sugiere en este modesto trabajo, es modificar la redacción del artículo 18 del texto constitucional, por ende toda la legislación secundaria encargada de la ejecución de penas, así como; las

Normas Mínimas para la Readaptación de sentenciados, en el sentido de que no sea únicamente la *readaptación social*, la finalidad que se persiga con la imposición de una pena privativa de libertad y se incluya además la prevención general y especial, desde el texto constitucional y como finalidad alternativa la prevención del delito en general, esto último; por medio de políticas públicas, encaminadas a que la sociedad en general y las autoridades encargadas de la seguridad en el país, coadyuven en la búsqueda de la prevención del delito en general.

De igual modo se propone, que el estado mexicano a través de las autoridades penitenciarias se obliguen a cumplir, mediante la creación de una procuraduría penitenciaria, los fines que se busca sean redactados en la carta magna y respetados como actualmente no sucede, la cual dependa del ejecutivo, pero que su actuar pueda incluso estar sujeto a una autoridad judicial encargada de dar cumplimiento a dichos fines, dotando a esta institución que se propone, de los mecanismos y los medios para lograr un objetivo final que lo es la ausencia de garantías dentro de los penales en el país.

Hoy día la *readaptación social* como finalidad de la pena privativa de libertad, no es más que una ficción jurídica, esto es; un discurso normativo que no cumple sus fines y cometidos en nuestra realidad social, por lo que el objetivo de las propuestas antes referidas, es fortalecer nuestro marco normativo, dándole congruencia y certidumbre jurídica, a un sistema penitenciario que hoy día solamente se basa en la formula de la violencia más (represión, intimidación), igual a violación de garantías individuales, de los reclusos, finalmente a nivel de administración de justicia, lo único que debiese interesar es que el reo cumpla su condena, pero también debiese de importar su regreso a su medio social: lo cual bajo el criterio de intimidación y represión lo considero imposible.

4.1.2.3. MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

El ordenamiento legal estudiado en este apartado, lo es el numeral 25 del Código Penal Federal, el cual tiene dentro de su redacción la característica esencial, de establecer un límite mínimo y uno máximo de pena privativa de libertad o prisión, para que el juzgador al aplicar la ley, dentro de su arbitrio castigue el delito respetando estos parámetros, siendo el mínimo el de tres días y como máximo hasta sesenta años.

Al estudiar la última reforma que sufrió este apartado, resulta interesante conocer el motivo por el cual nuestros legisladores, consideraron oportuno incrementar la sanción privativa de libertad a partir del 17 de mayo de 1999, ya que ello represento un cambio a la política criminal que se venia aplicando hasta entonces en todo el país, como una medida urgente para abatir el delito y la actividad de la delincuencia organizada. Antes del 17 de mayo de 1999, la punibilidad máxima contemplada en el ordenamiento penal federal, era la de cincuenta años de prisión, con la reforma propuesta el castigo de los delitos con pena privativa de libertad, no puede ser superior a los sesenta años de prisión.

Se pensó pues, en imponer sanciones más severas a quienes atentan contra la sociedad, en el caso de los delitos más peligrosos y frecuentes, los que causaban inseguridad pública, mediante un doble efecto; el primero preventivo, difundiendo las medidas legislativas adoptadas con el objeto de enviar un claro mensaje a la sociedad, en el sentido de que el delito seria severamente sancionado; por otra parte uno represivo, a fin de que mediante la aplicación efectiva de un castigo ejemplar, se evite que los delincuentes obtengan con relativa facilidad su libertad y reincidan en sus actividades criminales, restringiendo incluso los beneficios considerados en la ley, para

aquellos reos sentenciados, que quisieran obtener su libertad mediante esta modalidad.

Desde esta óptica, pareciera que los legisladores al considerar incrementar la pena de prisión contemplada en nuestro código penal federal, no tomaron en consideración que el sistema penitenciario nacional esta basado en que el reo este sometido a un tratamiento técnico, progresivo e individualizado, siendo la vida del sentenciado en libertad, la parte final de dicho tratamiento, dejando como fin último el de readaptación social de quien ha sido sentenciado y culpable, personas que además a la sociedad no les representa un garante de que, una vez que; han pisado un reclusorio no volverán a delinquir.

El estado como órgano rector de la dinámica social, tiene la obligación imperante de respetar y hacer cumplir, el ordenamiento constitucional, por supuesto toda disposición normativa considerada como fundamental y siendo la readaptación social un derecho fundamental del reo, el estado deberá procurar la readaptación social de quien a delinquido, a su vez garantizar a la sociedad, que este sujeto no volverá a delinquir y no al revés, esto es; que se deslinde el estado de su responsabilidad, dejando al reo la responsabilidad y el compromiso de no volver a delinquir, tal y como lo pretendió el legislador, al incrementar la pena de prisión.

Sin embargo; de lo anteriormente señalado es posible deducir, que aún cuando una persona, sea sentenciada a purgar en prisión sesenta años, siendo esta el límite máximo fijado en la ley, los legisladores dejaron abierta la posibilidad de aplicar lo ordenado en el mandato constitucional respecto a la finalidad de readaptación social, de la que tanto hemos hablado en el presente trabajo y por medio de la cual me atrevo a decir; se rige todo nuestro sistema penitenciario a nivel federal y local.

4.1.2.4. MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al analizar la punibilidad contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal, de reciente manufactura; debido al poco tiempo que tiene su vigencia, observamos que cuando fue creada dicha normatividad en el año 2002, la pena privativa de libertad máxima era la de 50 años de prisión y a partir de febrero del año 2006, año en el que se modificó el artículo 33 y hasta la fecha, la pena privativa de libertad es de 70 años de prisión como máximo.

Para que los legisladores cambiaran la punibilidad establecida en la legislación penal del Distrito Federal, en tampoco tiempo tuvo que suceder algo trascendental, que fracturara el bienestar y la seguridad de la sociedad, que culminara en el incremento de la pena de prisión para frenar el fenómeno delictivo.

La normatividad penal que rige a los habitantes del distrito federal, es una de las legislaciones de toda la federación que contempla penalidades muy elevadas, con el ánimo de mantener en la sociedad un mensaje de bienestar social y restablecimiento de la paz social, sin embargo; pareciera que la legislación penal no considero lo que sucede en la mayoría de los reclusorios, mucho menos considero; lo que sucede con la readaptación social de los delincuentes que se encuentran en hacinamiento dentro de estas instituciones penitenciarias, pues para los legisladores que decidieron incrementar la pena de prisión, la readaptación es consecuencia de la pena impuesta y no el fin de esta, como lo establece nuestra carta magna.

Esto último puede ser corroborado si revisamos la exposición de motivos a la última reforma realizada, al artículo que se estudia en el presente apartado, ya que los congresistas al modificar dicho numeral, declinaron su postura en el

mismo sentido que nuestro máximo Tribunal del País, el cual como hemos visto por aparte en este capítulo; decidieron emitir un criterio de tesis que dejaba abierta la posibilidad de imponer penas privativas de libertad incluso vitalicias, situación que desde mi particular punto de vista, no refleja que los años de reclusión a los que es sentenciado un sujeto represente un verdadero castigo, pues como ellos mismos expusieron en el debate por el cual se modifica el numeral estudiado, en algunos casos los delincuentes cometen ilícitos desde el interior de los centros de reclusión en donde cumplen sus condenas.

4.1.2.5. CRITICA A LOS FINES DE LA PENA; QUE PERSIGUE LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA.

Las últimas reformas penales y algunas jurisprudenciales han venido a crear nuevos escenarios jurídicos que influyen abiertamente en la determinación de los días de prisión que han de sufrir los infractores incrementándolos en algunas situaciones, disminuyéndolos en otros; la intención de las líneas que a continuación redactare, tiene por objeto emitir una postura objetiva, acerca de los fines que se buscarían con la aplicación de la pena de prisión vitalicia, la cual desde nuestra óptica no resuelve por sí misma el problema de la criminalidad, sin embargo; también es evidente que debe garantizarse a la víctima y a la sociedad condenas justas y proporcionales a delitos tan crueles e inhumanos, que en estos días se dejan ver como expresión de la delincuencia organizada, la cual pone al estado mexicano en una situación compleja.

No cabe duda que la prisión vitalicia es un fiel reflejo de la impotencia, que demuestran algunas de las instituciones del estado para poder contener el delito sin embargo, en el supuesto de que las conductas más graves y dañosas

para la sociedad tengan que tener un castigo ejemplarizador, no quiere decir que sancionando estas conductas severamente se puede pensar en una reestructura social como algunos afirman, sobre todo en el discurso político.

En este contexto es necesario mencionar lo señalado por Mir Puig Santiago, quien afirma que en relación a la privación de libertad como castigo ejemplarizador, este no debe sobrepasar un máximo de 15 años³. Por otro lado me parece que la privación de libertad con carácter vitalicio, así denominado por la duración tan elevada que esta tiene, sea por acumulación de años al determinar la sentencia del penado o bien por que en los hechos la cantidad de años a que fue condenado un sujeto, dicha condena es material y físicamente imposible poder compurgarla, desde mi punto de vista la prisión vitalicia no tiene un objetivo claro pero es posible pensar que como medida de prevención general las autoridades jurisdiccionales han creído oportuno, reflejar a la sociedad que la comisión de conductas ilícitas pueden ser severamente castigadas y al imponer penas de larga duración el mensaje es claro.

Sin embargo no ha sido una medida adecuada para combatir el delito, pues el delito no disminuye con el simple hecho de establecer penas privativas de libertad de larga duración, esta crea en los centros de reclusión hacinamiento entre los prisioneros y más allá de eso, desde el punto de vista económica es muy costosa la manutención de estos sujetos, causando con ello un daño serio a la situación patrimonial del estado; no es lo ejemplarizadora que algunos piensan ya que la reincidencia no se evita ni mucho menos disminuye.

En algunos casos delincuentes condenados a penas de larga duración han realizado grupos delincuenciales dentro de los mismos penales, que se organizan para seguir delinquiendo al interior, e incluso al exterior del penal

³ Mir Puig Santiago, *Alternativas a la prisión(política criminal y reforma penal)*, Madrid, Edersa, 1993, p,113.

donde compurgan sus penas lo que origina un serio problema de seguridad dentro de los reclusorios o cárceles de máxima seguridad y dejan a la sociedad en general, el mensaje de que no existe una verdadera política resocializadora, además de evidenciar los rezagos del estado en cuanto a seguridad penitenciaria se refiere.

Así las cosas es necesario decir que las penas de larga duración entorpecen, contaminan y enferman a los prisioneros que tienen que sufrir estas penas, no encontrando finalidad alguna en la imposición de la prisión vitalicia pues en ella se habla sólo de retribución y expiación del delito, teniendo como un medio la aniquilación del sujeto prisionero y su segregación, aislándolo de la sociedad, siendo todo ello antisistémico y denigrante para la persona que esta sujeta a pasar el resto de su vida en prisión, siendo una pena inusitada que se equipara a la pena de muerte puesto que no existe otro fin que el de aniquilar a la persona.

4.1.2.5.1. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA, CONTRARIA A LOS FINES DE LA PENA, QUE CONTEMPLA NUESTRO SISTEMA PENOLÓGICO.

Las garantías individuales constituyen un núcleo indispensable para todos los poderes constituidos, el legislador está subordinado a la constitución, por lo que no puede crear una ley que tenga por objeto disponer de todo el contenido y eficacia de alguna garantía individual. Es decir, el legislador en cuanto poder constituido, no tiene facultades para vaciar de contenido toda la libertad personal de los gobernados.

La norma secundaria general, abstracta e impersonal que contenga una pena privativa de libertad vitalicia o equiparable, constituye un acto que, en automático, tiene como finalidad sustraer toda la libertad personal del individuo que se ubique en el supuesto respectivo.

En el momento en que se permita al legislador disponer de todo el contenido de una garantía individual, ello significará que un poder constituido puede desconstitucionalizar los derechos fundamentales. Del artículo 18 constitucional se desprende un mandato dirigido a la Federación y los estados en el sentido de que el sistema penal debe estar construido sobre fines ligados al respeto a la dignidad humana, porque debe estar organizado sobre la base del trabajo, la educación y la readaptación social.

El legislador está facultado para expedir leyes que prevean penas privativas de libertad que persigan fines constitucionales distintos a la readaptación social; sin embargo, a lo que no está autorizado el legislador es a establecer penas que ignoren, excluyan o evadan de modo absoluto la finalidad de readaptación exigida por la Constitución.

En el siglo XXI, el poder punitivo del Estado tiene fines diversos a los imperantes en épocas del pasado. La justa retribución, la intimidación, la ley del talión ojo por ojo, diente por diente, constituyen conceptos y fines ajenos al Estado constitucional en que vivimos.

El juez vengador es un concepto excluyente al de juez-imparcial, previsto como garantía en todos los estados constitucionales del momento. La pena privativa de libertad vitalicia o equiparable es ostensiblemente contraria a los fines de readaptación social de las penas que exige la Constitución, toda vez que la naturaleza de su ejecución impide absolutamente la reintegración del individuo en sociedad, ya que ese tipo de penas presentan como objetivo

único la justa retribución y generan, por tanto, una regresión del sistema jurídico equiparable a la filosofía imperante en los tiempos de la ley del talión.

La pena privativa de libertad vitalicia o equiparable es una pena prohibida por el artículo 22 constitucional, porque es innecesaria y trasciende a la dignidad de la persona humana, tomando en cuenta la ausencia de beneficio de ese tipo de penas; su escasa eficacia disuasoria; su carácter irreversible; su efecto deseducativo; así como la desvalorización oficial de la vida humana que implica.

Es una pena inusitada y trascendental, además porque afecta la idea del respeto a la dignidad de la persona, ya que tiende a denigrar al ser humano, al considerarlo como un medio para conseguir objetivos de publicidad para el sistema en crisis de seguridad pública, por lo que deja de tratar al individuo como un fin en sí mismo.

En efecto, el legislador, a través del establecimiento de prisiones vitalicias o equiparables, cosifica al ser humano, porque parte de la idea de la sociedad como organismo del que es correcto amputar o desmembrar el órgano infectado, segregando a individuos definitivamente de la sociedad.

Un argumento en favor de la humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo, puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.

El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como, entre otros, lo es el de proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación

es o no humanitaria, infamante, cruel o excesiva o por el contrario, es acorde con los postulados constitucionales.

La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, es hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo; al aspecto del grado de culpabilidad es una cuestión que atañe al órgano jurisdiccional. La pena contemplada para cada uno de los delitos y el sistema para su imposición se complementan, ya que no puede concebirse el principio de humanidad de las penas si alguno de los dos, o ambos, no son acordes con la Constitución.

4.1.3.- CONSIDERACIONES PERSONALES ACERCA DE LA FUNCIONALIDAD DE LA READAPTACIÓN SOCIAL COMO SUBSISTEMA.

Es un hecho que la readaptación social, hoy día no puede ser vista como el modelo curalotodo que resuelva el problema delincencial y mucho menos la inserción social de la cual es responsable la sociedad en su conjunto, en este contexto me parece que es necesario evitar que la readaptación social siga funcionando como una finalidad vacía de la pena, evitándose con ello darle la importancia desmedida que en el ánimo de justificar las penas se le ha dado, siendo el caso que no está dando los resultados para con el sistema penal, sobre todo en su fase de la ejecución de la pena.

En el desarrollo de la presente investigación, establecimos puntos concretos que nos dan la pauta para comenzar a pensar en la reestructuración de la finalidad de la pena, reformando la sistemática penal para fortalecer la fase de la ejecución de la pena, pero también su fase legislativa y por supuesto en la judicial, con la intención de que exista una modificación a la estructura

integral de la finalidad de la pena, que lo es la de readaptación social del delincuente y la cual desde nuestra óptica, debiese de ser vista como un subsistema por lo que aquí se expresa.

a) El fin de resocialización en la fase de conminación penal o elaboración legislativa: en esta primera etapa de fijación por la ley, de forma general y abstracta, observamos que existe una pena correspondiente a cada delito, se considera que sólo tienen cabida fines preventivo generales, los cuales se satisfacen a través de una cantidad de pena establecida en un marco penal es decir; la ley vista como un instrumento al servicio de la función de determinados bienes jurídicos, sin embargo es un hecho que también los legisladores establecieron las bases que utilizaría, el juzgador ya dentro de la fase de determinación e individualización de la pena.

Lo interesante para este estudio sería que el legislador tomará en cuenta en esta fase legislativa, los efectos que la pena pudiera producir en el individuo procurando evitarlos en la medida de lo posible, a través de figuras e instituciones orientadas a la prevención especial y dentro de ellas la reinserción, con la previsión correspondiente de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, lo que representaría una despresurización del sistema carcelario en tratándose de delitos no considerados como graves y en delincuentes que no sean considerados reincidentes, dejando con ello la readaptación como un subsistema de la finalidad de prevención especial, esto es una orientación ineludible de las consecuencias jurídicas del delito.

Esto último explica mi postura al vislumbrar la resocialización como un subsistema, pues en la búsqueda del funcionamiento del sistema penal, el propio sistema legal de penas debe de favorecer que la ejecución no sea radicalmente contraria a tal objetivo como lo es en la actualidad, muestra de ello lo es pretender desalentar al autor ante la comisión de nuevos delitos, con la elevación de la punibilidad.

Para mi estudio sugiero; que los legisladores organicen una comisión de vigilancia, que tenga por encomienda la correcta aplicación de la pena; el conocimiento de la realidad penitenciaria lo cual redundaría en leyes más justas y más reales, evitando con ello injusticias pues los representantes directos del pueblo o sus comisionados estarían obligados a visitar las cárceles.

b) Imposición y medición de la Pena: en un segundo momento en la vida de la pena, nos situamos ante la fase de determinación y medición judicial de la pena, esto es la parte procesal que finaliza con la imposición de la sentencia, siendo el momento crucial en la vida de la norma, pues son permeables las exigencias preventivo especiales, por lo cual la imposición de la pena será justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica, con la autonomía de la personalidad del delincuente que el derecho asimismo tiene que garantizar.

En este sentido creo oportuno señalar, que en esta fase de la determinación de la pena siempre debe prevalecer un componente preventivo especial, el cual brinde al juzgador elementos que le permitan en la individualización de la pena establecer que sujeto puede ser reintegrado a la sociedad, sin dejar del lado la finalidad intimidadora general con sus consecuencias, pues la concreción de la sanción es una concesión que el legislador ha hecho al juez para que aminore en todo lo posible los efectos negativos de la pena, siendo factible que ambos fines de la pena se utilicen como parte de un modelo preventivo integrador.

Con lo anterior creo viable que en la práctica jurisdiccional los juzgadores definan la finalidad de la pena que se debe de conseguir con las sanciones que estos impongan, dentro de sus resolutivos de sentencia pueden expresar que finalidad de la pena deben buscar las autoridades penitenciarias

ya en la fase de ejecución, siendo el componente preventivo especial el que a nuestro juicio siempre tendría que predominar, incluso considero que la redacción contenida en el artículo 18 constitucional, así como en distintos ordenamientos jurídicos relacionados con la finalidad de readaptación social, debiesen de ser modificados por este concepto preventivo especial, dejando como factor secundario la readaptación social que podrá ser vista en un segundo plano como subsistema, pues en esta fase donde recae de forma más específica la alternatividad o individualización judicial de la pena en su sentido más amplio.

c) Por último la Ejecución de la Pena: fase mejor conocida como de cumplimiento de la pena, en la cual sólo puede estar justificada si esta conlleva como contenido la reincorporación del delincuente a la sociedad, lo cual casi nunca sucede muestra de ello son los altos índices de personas que han estado en reclusión y vuelven a reincidir, a pesar de que sólo esta indicada en la ley una ejecución de la pena resocializadora.

Sin embargo pienso que con este esquema se desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente, ya que ningún tratamiento puede funcionar en condiciones de encierro, menos cuando hablamos de cárceles sobrecargadas y en condiciones infrahumanas, pues aun cuando es factible una aproximación superior al individuo, mediante su directa observación, su concreta respuesta al tratamiento en la mayoría de las cárceles no se da, menos si las penalidades a que son condenados los individuos son demasiado elevadas, en tal tesitura podemos decir que la resocialización no opera con esta figura del secuestro institucionalizado por medio del aparato estatal denominada prisión.

En mi óptica la pena tiene sentido cuando en su ejecución esta es verdaderamente cumplida sea cual sea el castigo, demostrándose que el legislador no bromeaba a la hora de conminar con pena un determinado

comportamiento, con esto quiero decir que desde la fase de determinación de la pena con la individualización de la sanción, es posible saber que sujeto puede ser readaptado en libertad o con tratamiento progresivo en prisión, sea por su forma de actuar en el momento de la comisión del hecho, o bien por sus antecedentes delictivos o bien por la gravedad de la lesión al bien jurídico de que se trate así como el daño social que hayan causado, ya que la readaptación es sui generis, pues podría afirmar que ella depende de la responsabilidad individual de cada sujeto, pero por supuesto que requiere del apoyo de la sociedad en su conjunto o de las instituciones del estado.

Con esto último quiero decir, que debe considerarse evitar que algunos delitos no graves, sean castigados con cárcel teniendo cabida los medios alternativos de castigo, que deben aplicarse de verdad, pues como lo he explicado solo un castigo cumplido refuerza esta finalidad intimidante de la prevención general, así mismo evitar que algunos delincuentes tengan beneficios para estar en libertad, pues es un hecho que hay delitos que bien pueden ser castigados con prisión corta, sin beneficio alguno con la intención de transmitir el mensaje de que el delito si se castiga y establecer un modelo de reinserción social progresivo que en determinado momento permita implementar el semicierro, basado en el medio de vida del sujeto.

Esto es incentivar actividades del sujeto con su entorno como pudiera ser el encierro de fin de semana o bien nocturno con auxilio incluso de los brazaletes, con apoyo de políticas sociales encaminadas a la reinserción de los reos a lo cual el estado debe también estar comprometido, sobre todo respecto ciertos grupos de la población que son más vulnerables.

Se observa, que a diferencia de las otras dos anteriores fases de aplicación de la pena, donde incluso se pueden combinar fines en la aplicación de la pena; en la fase de ejecución, siempre debe predominar la preventivo especial la cual yo planteo su utilización como eje rector del sistema y dentro

de este fin, que opere la readaptación social como subsistema, ya que indiscutiblemente la resocialización del sujeto en la fase de ejecución es único argumento con el cual se justifica la integración progresiva y racional de los tres estadios del fenómeno penal que he tratado de ilustrar en este apartado, acordes a las garantías sustanciales y procesales, que además cumpla con las exigencias preventivo especiales que propongo, sean utilizadas en la fase de determinación de la pena y que desde el punto de vista criminológico es algo lógico y practicable.

4.1.4.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS PARA UNA MEJOR READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.

Visto el derecho penal como el medio por el cual, se regula la relación del estado con los gobernados, así mismo garante de la interacción armónica entre los individuos, a través de la protección de determinados bienes jurídicamente protegidos por la misma ley penal, en la cual se ven reflejados determinados factores culturales, políticos, económicos y sociales, este debe cumplir con dos funciones inherentes a su perspectiva garantista: una, de limitación del poder estatal en su lucha contra el delito, salvaguardando ello al individuo de una actuación sin límites por parte del estado; y otra de amparo a la sociedad y al resto de sus miembros de los abusos del individuo, siendo una función de garantía y otra de prevención, basadas en la proporcionalidad del binomio indisoluble delito, sanción.

En este contexto debe considerarse que el derecho penal funciona como un límite al poder punitivo estatal, que justifica precisamente el estado de derecho; por lo cual considero que la funcionalidad de la readaptación social como subsistema que se plantea en el apartado que le antecede al presente, deberá estar basado en el respeto irrestricto de la norma, creando con ello

plena certidumbre del estado de derecho respecto del régimen de imposición de penas y ejecución de las mismas, ya que es indudable que del aparato normativo depende la construcción del tipo de estado y política penal a aplicar; en tal tesitura me he permitido proponer la modificación del aparato normativo para establecer la readaptación social como subsistema, basada esta modificación en la construcción de realidades por medio de la ley que bien pudieran operar en el ánimo de fortalecer la fase de ejecución penal y brindar una mejoría al sistema penitenciario a medida de sugerencias que bien pueden ser consideradas por la norma penal, que eviten seguir vislumbrando la readaptación social como una utopía irrealizable, a continuación se desarrolla esta propuesta en las siguientes vertientes:

a) Estructura Jurídica.- Como bien señalábamos en líneas supracitadas, la construcción de la norma se da a partir de la construcción de realidades, tal es el caso de la modificación del artículo 18 constitucional del cual depende todo el aparato normativo, referente a la readaptación social hoy denominada reinserción social con esta reforma del año 2008, que habrá que decir no ha sido implementada en la práctica judicial, salvo para el caso del sistema de justicia de adolescentes; la cual desde mi óptica no va a resolver de forma integral el problema delincencial, ni mucho menos la problemática del día a día dentro de las cárceles de nuestro país, mucho menos podrá llevar a cabo su objetivo de reinsertar socialmente a los delincuentes que purgan sus condenas en estos centros de reclusión.

Desde mi óptica esta reforma fue omisa al especializar todo un aparato de reinserción social respecto de jóvenes menores de 18 años y mayores de los 12 años de edad, dejando de lado a la gran población penitenciaria mayor de edad, que es en gran parte la que actualmente sufre los estragos de la crisis carcelaria.

En tal virtud es necesario pensar en realizar una reforma integral de este artículo 18 constitucional, que actualmente quedo redactado en la parte que nos interesa analizar de la siguiente manera:

*El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo la capacitación para el mismo. la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y **procurar que no vuelva a delinquir***, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Es evidente que con esta reforma se plantea un panorama diferente, sin embargo como ya lo he señalado fue omisa, por lo cual algunas consideraciones jurídicas que creo debiesen implementarse son; la modificación integral de dicho precepto, esto es redactar en el texto constitucional, como ejes rectores del sistema penitenciario *los principios de prevención general y el de prevención especial*, tomando en cuenta que existe un compromiso del estado de salvaguardar a la población de estos sujetos delincuentes y que por el contrario debe existir un mayor cumplimiento de la legalidad y disminución de los abusos del poder y de la impunidad dentro de las cárceles, dejando la readaptación social, o como lo señala la reforma citada de 2008 (reinserción social) como un subsistema; que deberán considerar nuestros legisladores respecto a las legislaciones secundarias que son las que deberán regular como es que se puede llevar a cabo este objetivo.

En este sentido, las autoridades penitenciarias deberán obligarse cumplir con estos compromisos en la fase de ejecución penal, respecto de aquellas personas que cumplan con ciertos estándares de adaptación social (apoyado ello en los exámenes

clínico psicológicos que dentro de la instrucción se hace llegar el juez de la causa) y claro esta que para fortalecer esta propuesta considero viable emitir algunas recomendaciones, como elementos base de mi propuesta, que podrán tomarse en consideración en la reformulación de la legislación secundaria las siguientes :

- Vinculación al principio de legalidad.- Es en extremo importante recordar, en relación con las prisiones, que un respeto de este principio significa no sólo la prohibición de ir contra lo señalado por las normas, sino, en un sentido positivo, obligar a la administración responsable a cumplir con ellas.

- Legalidad del sistema disciplinario en todas sus fases, facultando incluso la creación de la figura de la procuración penitenciaria y la implementación de la figura del juez de ejecución de penas.

- Dinamización de los derechos fundamentales de la personas sujetas a prisión reconocidos por la Constitución.

- Integridad y Seguridad de los sujetos privados de su libertad, condenados a prisión tomando en cuenta lo siguiente:

- Plenas garantías frente a las acciones violentas de los funcionarios o de las mafias carcelarias (operación práctica de la procuración penitenciaria).

- Prohibición del aislamiento en celdas, salvo como medida coercitiva.

- Los beneficios penitenciarios deben concebirse no como derechos de gracia, sino modos reales de ejecución.

- Prohibición de intervención de las comunicaciones, salvo que se encuentre fundamentada y autorizada por un juez.

- Derecho a una celda individual (Intimidad).

- Igualdad de oportunidades para los condenados en prisión.

- Prohibición de la segregación mediante técnicas de clasificación. Sólo pueden aceptarse aquellas separaciones que tengan un fundamento científico apoyadas en técnicas clínico psicológicas, que se encuentren justificadas y que vayan a determinar un régimen penitenciario diferente, señalando que ninguna funcionalidad tendrá el tratamiento penitenciario en condiciones de encierro, de todo lo cual deberá conocer un juez especializado en esta fase de ejecución penal.

- Prohibición de las medidas indulgentes, vejatorias e inhumanas.
- Derecho a la plena ocupación.
- Derecho a recibir un trato humanitario.

- Familia e infancia.

- Derecho al traslado por razones familiares.
- Derecho a convivir con la pareja.
- Prohibición de internamiento de los hijos menores con sus madres.
- Derecho a la plena ocupación.
- Derecho a recibir un trato humanitario.

- Juridicidad de la ejecución Penitenciaria.- El proceso de judicialización es un proceso aún inacabado. Los jueces de ejecución de penas deben ser los encargados de la organización y gestión de las instituciones penitenciarias, de manera que los funcionarios penitenciarios trabajen como fuerzas auxiliares bajo sus órdenes (incluyendo los funcionarios de la procuración penitenciaria que se propone), estos últimos son el equivalente a la policía judicial en los ámbitos de la ejecución.

a) Estructura Democrática.

b.1. Derecho a participar en la organización del centro, en cuestiones tales como:

a. Distribución de presupuestos.

- b. Normas del régimen interior.
- c. Régimen disciplinario.
- d. Programación de actividades.
- b.2. Derecho a elegir los representantes en los órganos de decisión por medio de organizaciones políticas o sindicales.
- b.3. Derecho de asociación y reunión.
 - Posibilidad de reunirse en asamblea.
 - Posibilidad de crear asociaciones de presos o de participar en asociaciones exteriores.
- b.4. Derecho a la libertad ideológica y religiosa.
 - Trato regimental especial en las visitas de grupos políticos y sociales afines y de representantes religiosos.
 - Prohibición de toda actividad terapéutica que no garantice neutralidad ideológica y no sea libremente aceptada por el recluso.
 - La duración de la pena no puede depender de la aceptación y evolución del tratamiento.
- b.5. Derecho a la libertad de expresión.
 - Acceso a los medios de comunicación.
 - Derecho a la libertad de correspondencia.
- b.6. Derecho a ejercer la crítica y la reivindicación individual o colectiva.
 - Derecho a huelga laboral.
 - Derecho a los actos de reivindicación colectiva.
 - La legislación debe contemplar un procedimiento y crear una organización que permita el control de la prisión por la sociedad.
- b.7. derecho a la información penitenciaria.
 - Personal.
 - Individual.
 - Continua.

c) Estructura social.- El estado social tiene como meta proporcionar las libertades públicas y el desarrollo integral de la personalidad, en la medida que la imposición y ejecución de la pena entrañen una radical restricción de los medios para que el condenado por sí solo pueda alcanzar esos fines, el estado está obligado a poner a disposición de este sector de la sociedad con mayor interés incluso que en la sociedad libre, proporcionando todos los mecanismos necesarios para evitar daños irreparables en la persona de lo contrario se vuelve un problema social serio como tal vez sucede en la actualidad.

Este es el sentido que adquiere la prestación de algunos servicios típicamente característicos de las prisiones o bien comunes a la sociedad libre. Entre los primeros podemos señalar el derecho a los programas terapéuticos re socializadores, a una sanidad penitenciaria o a la asistencia pos penitenciaria. Entre los segundos, se trata no de ofertar servicios que no se presten en la sociedad libre, sino hacerlo de forma promocional mediante programas serios que eviten en lo posible las conductas negativas, como pudiera ser el tratamiento sin condiciones de encierro que evite la contaminación social dentro de las cárceles. No basta con que sea la administración penitenciaria la institución formal que garantice el orden dentro de los penales, por medio de la educación, la comunicación, la asociación, u otros servicios sociales, sino que deben fomentarse dentro de las prisiones como política pública al interior de este mundo de encierro.

CONCLUSIONES

PRIMERA: No existe justificación ni explicación alguna en ninguna época, salvo en la primitiva, para las penas privativas de la libertad con carácter vitalicio, que encuentren cabida en nuestra época, puesto que doctrinalmente, sólo apreciamos una evolución constante para el derecho penal, tendiente a la disminución del castigo corporal e incluso diríamos a la restitución de los daños, situación que demuestra que a través de la historia del hombre, no se ha podido controlar ni mucho menos desaparecer el delito, a pesar de todos los castigos que se han infringido al ser humano y pese a todos los esfuerzos de resocialización, sin embargo esta última es la más viva expresión de esperanza en el ser humano y en la ley, ya que esta surge como una conquista de las transformaciones sociales de mediados del siglo XX.

SEGUNDA: Es imposible pensar en la readaptación social de personas condenadas a prisión, si la violencia institucionalizada que se ejerce dentro de los centros de reclusión propicia pérdida de valores, criminalización y estigmatización de los sujetos apartados de la sociedad libre, ya que son despojados propiamente de sus derechos más elementales, convirtiéndose en simples objetos y no sujetos de derechos; por lo que es necesario transformar al actual sistema penitenciario por sus pocos rendimientos, cambio que deberá ser integral y coherente, para así atacar sus diversos aspectos negativos a través de medidas igualmente integrales, que se basen en criterios uniformes propios de la generalidad de la ley, basados en el principio de igualdad que la misma establece.

TERCERA: Los cambios estructurales al interior de los centros penitenciarios, deben brindar a los prisioneros un entorno similar, que el que tienen quienes no se encuentran privados de su libertad, ya que sólo en estas condiciones será posible pensar en readaptar o reintegrar socialmente a un individuo, toda vez que la organización social carcelaria es un sector mismo de la sociedad y es propiamente un reflejo, de lo acontecido en la sociedad en general.

CUARTA: La fenomenología del delito, es distante de los medios de control con que cuenta el aparato estatal y la propia represión institucionalizada, que se lleva a cabo a través del castigo de las conductas desviadas catalogadas como delitos en la propia ley; por lo cual debe considerarse que el incremento de las penas no refleja el alejamiento del sujeto delincuente de su actividad delictiva, ni mucho menos podemos pensar que con ello se disminuya el delito o desaparezca.

QUINTA: La readaptación social de los delincuentes, puede disminuir si se establecen políticas criminológicas integrales en el aparato de justicia y por supuesto en el ámbito penitenciario, que brinden una solución al delito desde un enfoque multifactorial, que refuercen los medios de control primarios con que cuenta el estado en su conjunto, como lo es la familia y la organización de la sociedad, ya que es sumamente importante el papel que juegan estos en la readaptación de quienes han vivido en reclusión, así mismo es necesario que la ciudadanía se concientice respecto de su participación en el sistema penal, ya que la sociedad también es hasta cierto punto responsable de lo que sucede con cada uno de los miembros que la integran. Por ello es evidente que la responsabilidad que enfrenta el estado como la que tiene la sociedad debe ser compartida, en busca del objetivo de integrar una sociedad más justa, que permita el establecimiento de mejores condiciones de vida para todos los ciudadanos estén o no reclusos.

SEXTA: El establecimiento de un cambio estructural como el que se propone en este trabajo, respecto a la readaptación social de reos deberá estar sustentado en la modificación irrestricta de la ley, ya que es la ley la que impulsará la transformación social que se requiere en el ámbito penitenciario y sólo de esta manera podemos pensar, que la ley sirva de construcción de una nueva realidad, que conduzca al estricto cumplimiento de los fines que deberá cumplir la prisión, considerando que dichos fines no deberán estar basados solamente en la readaptación, ya que esta sólo puede llevarse a cabo en un entorno social que establezca igualdad de condiciones y previa planificación de su implementación, la cual deberá ser gradual, y sólo en los casos que así lo permita establecer el sistema.

SÉPTIMA: En mi opinión de llegar a operar la readaptación social como subsistema, no únicamente tendrá efectos sobre la sociedad carcelaria, puesto que la intención de modificar la normatividad será el objetivo general, y estará fundado este cambio estructural en el análisis, organización y evaluación de políticas públicas orientadas, al control de los factores que influyen en el incremento del crimen violento, teniendo presente el funcionamiento del sistema de justicia penal, como un medio de prevención, en su nivel policial, judicial y penitenciario, dejando con ello claro que la modificación de la estructura de la finalidad de la pena propuesta, refleja cierta trascendencia social que permita operar el sistema con un nuevo enfoque de responsabilidad compartida.

OCTAVA: Para una mejor funcionalidad del sistema, la coordinación entre las autoridades penales es importante y primordial, en virtud de ello los legisladores debiesen estar en constante comunicación con jueces, magistrados y ministros de la corte, respecto de la formulación de proyectos de ley en materia penal o penitenciaria, antes de que estos sean aprobados asimismo, los jueces no deben desligarse del reo al que han sentenciado, por el contrario debiese continuar conociendo durante la ejecución de la pena, específicamente respecto del cumplimiento de la finalidad que deben lograr con el castigo impuesto, aunado a ello; las autoridades penitenciarias y ejecutoras deben intervenir en el proceso de creación de las normas que se legislen en materia penal, y a su vez estas autoridades ejecutoras deberán informar a los jueces para ilustrarlos respecto de los resultados obtenidos con las penas que estos dicten.

NOVENA: El respeto irrestricto de los derechos fundamentales de aquellos sujetos reclusos en prisión, en el actual sistema carcelario es impensable, por lo cual deberá garantizarse el respeto a la dignidad, el debido proceso, al agua, a una alimentación digna, un trato saludable, habitación, trabajo remunerado, integridad física, derecho de información, derecho de petición entre otros derechos que parecieran estar negados a todos aquellos individuos privados de su libertad., pues los derechos humanos favorecen

incluso a quienes cobardemente arrebatan la libertad de otros, el estado constitucional democráticamente constituido para la protección de sus gobernados no puede rebajarse al nivel de los delincuentes y responder de la misma manera.

DÉCIMA: De acuerdo a lo establecido en nuestro texto constitucional, los legisladores no están impedidos en cambiar la finalidad de la pena de readaptar socialmente a un reo, incluso están en posibilidad de modificar el texto constitucional a efecto de que se persigan fines de la pena constitucionalmente validos, distintos a la readaptación sin embargo, lo que no debiese permitírsele a los legisladores, es el establecimiento de penas que ignoren, excluyan o evadan de modo absoluto la finalidad de readaptación, exigida por la constitución y por la convención americana sobre los derechos humanos y otros documentos internacionales, suscritos por nuestro país.

DÉCIMA PRIMERA: La violencia reflejada al interior de los centros penitenciarios, es consecuencia directa de la violencia generada en la sociedad en su conjunto, el sistema de política criminal que prevalece en estos centros de reclusión y en la población civil, caracteriza la constante represión manifiesta que utilizan los gobernantes para el control social, que sin duda en ocasiones no encuentra justificación legal, en virtud de responder solamente a ciertos intereses de grupo, generalmente del que detenta poder político y económico, impuesto para garantizar la funcionalidad del sistema; evitando con ello las consecuencias negativas, que tienen origen en las conductas desviadas que hemos visto en este trabajo se ocasionan por múltiples factores.

DÉCIMA SEGUNDA: Es evidente que en nuestro país, no existe readaptación social dentro de los centros penitenciarios, debido a contradicciones serias entre la legislación y la política criminal aplicada en estos lugares denominados por algunas personas escuelas del crimen, en esta tesitura la prisión es un modelo lógico, práctico y racional para la defensa social que tiene por objeto el control de los sujetos antisociales sin embargo; este sistema no puede seguir prevaleciendo, en las condiciones actuales.

PROPUESTA PERSONAL.

El presente trabajo de investigación, como propuesta central tiene la de establecer una reestructuración de la finalidad de la pena, reformando la sistemática penal para fortalecer la fase de la ejecución de la pena, pero también la parte legislativa y por ende la judicial; para ello propongo la modificación de la finalidad de la pena, la cual actualmente esta basada en la readaptación social del delincuente, situación que desde mi particular punto de vista debe cambiar, pues esta debe ser vista como un subsistema de un todo representado por el sistema penitenciario, en este sentido los fines preventivos general y especial, deberán agregarse al texto constitucional, modificando el texto del artículo 18 de nuestra carta magna y el fin de resocialización establecido en la constitución deberá ser complementario de estos.

Esta última parte, deberá tener como consecuencia la modificación de la legislación penal, siendo un aporte de mi propuesta; que el legislador tome en cuenta en esta fase legislativa, los efectos que la pena pudiera producir en el individuo, procurando evitarlos en la medida de lo posible, mediante una comisión de vigilancia, que tenga por encomienda la correcta aplicación de la pena y el conocimiento de la realidad penitenciaria, pues los representantes directos del pueblo o sus comisionados estarían obligados a visitar las cárceles, ya que la pena tiene sentido cuando en su ejecución; esta es verdaderamente cumplida sea cual sea el castigo, demostrándose que el legislador no bromeaba a la hora de conminar con pena un determinado comportamiento.

En este sentido es oportuno establecer la prevención especial, como fin de la pena en nuestra constitución y adecuar la reinserción a este fin, con la previsión correspondiente de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, lo que representaría disminuir la utilización del sistema carcelario, como único medio para castigar los delitos considerados como no graves, asimismo es necesario otros medios de control social en delincuentes que no

sean considerados reincidentes, dejando con ello la readaptación como un subsistema de la finalidad de prevención especial, esto es una orientación ineludible de las consecuencias jurídicas del delito, obligando a las autoridades penitenciarias a cumplir con este fin, en los casos que si pueda establecerse dando cumplimiento a este cometido.

Asimismo me parece viable que en la práctica jurisdiccional, sean los juzgadores quienes puedan definir cual es la finalidad de la pena, que deberá cumplir un sujeto al ser condenado a las sanciones que estos impongan, pues dentro de sus resolutivos de sentencia pueden expresar que finalidad de la pena, deberá buscar cumplir la autoridad penitenciaria en la fase de ejecución, siendo el componente preventivo especial el que a nuestro juicio siempre tendría que predominar, acorde a las garantías sustanciales y procesales, utilizadas en la fase de determinación de la pena y que desde el punto de vista criminológico es algo lógico y practicable.

Con esto último quiero decir; que desde la fase de determinación de la pena con la individualización de la sanción, es posible saber que sujeto puede ser readaptado en libertad o con tratamiento progresivo en prisión, sea por su forma de actuar en el momento de la comisión del hecho, bien por sus antecedentes delictivos o bien por la gravedad de la lesión al bien jurídico de que se trate, así como el daño social que hayan causado, ya que la readaptación es sui generis, pues podría afirmar que ella depende de la responsabilidad individual de cada sujeto, pero por supuesto que requiere del apoyo de la sociedad en su conjunto o de las instituciones del estado, con la intención de lograr sea funcional el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ÁLVAREZ GÓMEZ Ana. “**Sistema Penitenciario entre el Terror y la Esperanza**”. Cárdenas Editores. Orlando Florida. 1991.
- 2) BARATTA, Alessandro. “**Criminología Crítica e Política Criminale Altealternative**”. Primera Edición. Editorial Siglo Veintiuno. Argentina. 2001.
- 3) BARRITA LÓPEZ, Fernando. “**Prisión Preventiva y ciencias Penales (Un enfoque Interdisciplinario)**”. Primera Edición. Editorial Porrúa. México.1999.
- 4) BECCARIA, Cesare. “**Tratado de los Delitos y de las Penas**”. Primera Edición. Publicación Editada por la CNDH. México.1991.
- 5) BERGALLI, Roberto. “**Control social punitivo : sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel) / Roberto Bergalli, con la colaboración de Amadeus Recasens i Brunet. José Luis Domínguez Figueirido e Iñaki Rivera Beiras**”. Primera Edición. Editorial M. J. BOSCH. España. 1996.
- 6) BERGALLI, Roberto. “**Critica a la Criminología, Hacia una teoría Crítica de las Ciencias Sociales en América Latina**”. Segunda Edición. Editorial TEMIS. España. 1982
- 7) BERGALLI, Roberto. “**Readaptación social por medio de la ejecución Penal**”. Primera Edición. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. España 1976.
- 8) BERGALLI, Roberto y BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “**El Poder Penal del Estado**”. Primera Edición. Editorial de Palma. Argentina.1985.
- 9) BERISTAIN, Antonio.”**La Pena Retribución y las actuales concepciones Criminológicas**”. Primera Edición. Ediciones de Palma. Argentina. 1982.
- 10) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “**Control social y sistema penal**”. Segunda Edición. Grupo Editorial Limpergraf. España. 1987.
- 11) CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl; CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. “**Derecho Penal Mexicano, Parte General Tomo I**”. Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.
- 12) CASTELLANOS COUTIÑO, Oracio. “**Modelo teórico de un sistema integral de ejecución penal**”. Primera Edición. Publicación Editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México.

- 13) CUEVA Mario de la. “**La Idea del Estado**”. Quinta Edición; México, UNAM, 1996.
- 14) DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, “**Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con Comentarios**”. Porrúa. Tomo I (Artículos 1 al 206). México. 2006
- 15) DELGADO MOLLA Rubén. “**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada**”. Décimo Octava Edición. Editorial SISTA. México. 2008.
- 16) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ María Dolores. “**El pensamiento Penitenciario y Criminológico de Rafael Salillas**”. Universidad de Santiago de Compostela. España. 1976.
- 17) FLORES GÓMEZ Fernando y CARVAJAL MORENO Gustavo. “**Nociones de Derecho Positivo Mexicano**”. Trigésimo Tercer Edición. Porrúa. México. 1994.
- 18) FOCALUT, Michel. “**Vigilar y castigar Nacimiento de la Prisión**”. Segunda edición. Editorial Siglo Veintiuno. México.1976.
- 19) GARCÍA PABLOS Antonio. “**La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo**”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Publicación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1979.
- 20) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “**Clasificación de las prisiones, Manual de las Instituciones Penales**”.Primera Edición. Publicación preparada por el Comité de clasificación y trabajo social, de la asociación Americana de Prisiones; Cuadernos Criminalia. México. 1952.
- 21) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “**Manual de Prisiones la Pena y la Prisión**”. Octava Edición. Editorial Porrúa. México .1998.
- 22) GARCÍA ARÁN Mercedes. “**Los Criterios de Determinación de la Pena en el Derecho Español**”. Tercera Edición. Universidad Complutense de Madrid. España. 1990.
- 23) JESCHECK Hans-Heinrich, “**Tratado de Derecho Penal**”. Cuarta Edición. Traducción Dr. José Luis Manzanares Samaniego. México.1995.
- 24) MENDOZA BREAMAUNTZ, Emma. “**La Pena Como Tratamiento del Delincuente**”. México, UNAM, 1997,
- 25) MIR PUIG, Carlos. “**El sistema de penas y su medición en la Reforma Penal**”.Segunda Edición. Editorial BOSCH. España. 1986.

- 26) MIR PUIG, Santiago. "**Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**". Primera Edición. Editorial. BOSCH. España. 1982
- 27) MUÑOZ CONDE Francisco. "**La Resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito**". Tercera Edición. Universidad Complutense de Madrid. España. 1988.
- 28) MUÑOZ LEÓN José. "**La pena Capital, Su Justificación y la Necesidad de su aplicación en México**". México, UNAM, 1954.
- 29) OJEDA VELAZQUEZ, Jorge. "**Derecho Punitivo**". Primera Edición. Editorial Trillas. México. 1993.
- 30) ORTIZ ORTIZ Serafín. "**Los Fines de la Pena**". Primera Edición. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. México. 1993.
- 31) PÉREZ CARRILLO Agustín "**Análisis de Política Legislativa del proyecto de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**". *Revista Alegatos*, México, No. 33, Mayo/Agosto de 1996.
- 32) RICO ESTASEN José. "**El Coronel Montesinos**". Artes Graficas Editores. Valencia España 1958.
- 33) RODRIGUEZ MANZANERA Luís. "**La Crisis penitenciaria y los substitutivos de la Prisión**". Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1999.
- 34) RODRIGUEZ MANZANERA Luís. "**Clásicos de la Criminología**". Segunda Edición. INACIPE. México. 2004.
- 35) RODRIGUEZ MANZANERA Luís. "**Penología**". Porrúa. México. 1999.
- 36) ROSAS ROMERO Sergio. "**Criminología**". UNAM. México. 2000.
- 37) SCHMELKES DEL VALLE, Corina. "**Manual Para la Presentación de anteproyectos e informes de Investigación (Tesis)**". Segunda Edición. Editorial Rodríguez. México. 1998.
- 38) SALAS CHÁVEZ, Gustavo R. "**El sistema penal mexicano : estado, justicia y política criminal**". Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 2002.
- 39) SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. "**Cuestiones penitenciarias**". Primera Edición. Editorial Delma. México. 2001.
- 40) SÁNCHEZ GALINDO Antonio, "**El Derecho a la Readaptación Social**". Delma. México. 1995.

- 41) SANTOS AZUELA Héctor. “**Derecho Positivo Mexicano**”. Segunda Edición, Pearson Longman, México, 1998,
- 42) VON HENTING, Hans. “**La Pena Tomo II. Las Formas Modernas de aparición**”. Primera Edición. Editorial Espasa – Calpe. España.1968.
- 43) WIARCO ORELLANO, Octavio Alberto.”**Individualización de las Penas**”. Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
- 44) ZAMORA GRANT José, “**La víctima en el sistema Mexicano**”. Cardenas Editores. México. 1998.
- 45) ZAMORA JIMÉNEZ Arturo, “**Cuerpo del Delito y Tipo Penal**”. Ángel Editor. México. 2000.

LEGISLACIÓN

- 1) **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
Primera Edición. Editorial ISEF. México 2008.
- 2) **LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.** Primera Edición. Editorial SISTA. México. 2009.
- 3) **REGLAS DE TOKIO, REGLAS MÍNIMAS DE LA O.N.U. PARA LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.**
- 4) **REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS DE LA O.N.U.**
- 5) **CÓDIGO PENAL FEDERAL.** Primera Edición. Editorial SISTA. México 2009.
- 6) **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.** Primera Edición. Editorial SISTA. México 2009.
- 7) **NOVENO CONGRESO DE NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE.** Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas.
- 8) **LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
- 9) **CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1871.**
- 10) **CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1929.**
- 12) **CÓDIGO PENAL FEDERAL 1931.**
- 12) **CÓDIGO PENAL FEDERAL 1999.**

OTRAS FUENTES

1) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL Olga. **“Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”**.

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

2) VIDAURRI ARÉCHIGA Manuel. **“Teorías de la Pena”**.

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

3) ROTARU Cristina. **“Fines de la Pena”**.

<http://www.unibuc.ro/eBooks/drept/zarnescu/7.htm>

4) SOLORIO BANDA Daniel. **“La Función de la Pena, Realidad Jurídica”**

<http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-lafuncion.htm>

5) VON LIZT

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/bibliojuridica.org/>

6) COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **“Detención arbitraria inejecución de órdenes de aprehensión y abusos en su cumplimiento”**. Primera Edición. Publicación editada por la CNDH. México, 1996.

7) DICCIONARIO Jurídico Omeba. Editorial Bibliográfica Omeba. Argentina. 1964. Tomo XXIII, PRES-RAZO.

8) INACIPE. **“Mitos y Realidades respecto a la Individualización de la Pena, Una Visión a Futuro”**. México. 2002.

9) O.N.U. Naciones, Unidas. **“La Prisión Perpetua”**. Primera Edición. Editorial. O.N.U. Viena. 1994.

10) UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERETARO. **“El sistema de justicia penal: su crisis y el discurso criminológico contemporáneo”**. Primera Edición. Editorial UAQ. México. 1990.