

737
28



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

LA PRISION: CORRECTIVOS Y ALTERNATIVAS

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
J. JESUS MELGOZA RADILLO**



MEXICO, D. F.

**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

1986



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 está 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.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CFP: Código Federal de Procedimientos Penales.
- CIPP: Comisión Internacional Penal y Penitenciaria.
- CP: Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.
- CPP: Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- DO: Diario Oficial de la Federación.
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ILANUD: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.
- NM: Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.
- OEA: Organización de los Estados Americanos.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- RM: Reglas Mínimas Uniformes para el Tratamiento de Prisioneros.
- UNSDRI: Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación sobre Defensa Social.

PROLOGO

"La prisión ideal -tal vez la del mañana- ha de ser instituto de tratamiento, científico, humano, amoroso... tratamiento en reclusión -al modo que al enfermo se le circunscribe al hospital y en él permanece hasta que cura- dirigido hacia todos los factores del crimen en el caso individual... Una prisión así, instituida bajo el aliento alerta del moderno tratamiento criminal, no resulta atacable ni podrá ser atacada" (Sergio García Ramírez, La Prisión, México, FCE., UNAM., 1975, p. 75).

"Debemos destruir a la prisión, raíz y rama. Eso no resolverá nuestro problema, pero será un buen comienzo... sustituyámosla por algo. Casi cualquier cosa será un avance. No puede ser peor. No puede ser más brutal y más inútil" (Frank Tannenbaum, Wall Shadows. A study in american prisons, New York, Putnam's, 1922).

Las profesiones de fe y las abjuraciones que tienen como objeto a la prisión, similares a las citadas supra, aun que por muy variadas razones, son lugar común en la historia de esta institución jurídico-penal desde que se la concibió como prisión penitenciaria y se la convirtió en la reina de las penas, y por lo tanto en la piedra angular de la penología. A pesar de lo que se diga en contrario, todavía en la práctica es tan basto, en cantidad y en calidad, el tramo que abarca la reclusión, que la ciencia moderna caracteriza a las tendencias penológicas principalmente por la posición que asumen frente al aprisionamiento. En consecuencia, por un lado se habla de "rigorismo" (reafirmación del encarcelamiento y de la supremacía del principio de menor elegibilidad del régimen penitenciario), y de "tradicionalismo" (modelo médico); en contraste con "aboliciónismo" (supresión de la cárcel y predominio de la idea de una sociedad sin criminalidad y sin represión), y, de "reformismo" (brega constante por la dulcificación de la

institución), respectivamente; y por el otro de "realismo", "pragmatismo" o "justicialismo", que difiere del abolicionismo en que se concentra en cambios que privilegian las medidas en libertad, en lugar de cambiar toda la sociedad junto con el sistema penal. Si al presente trabajo se le quisiera encasillar en alguno de estos "ismos", sería probablemente el mencionado en último término el que mejor le acomodaría.

La prisión: correctivos y alternativas, se divide en dos grandes apartados. En el primero de ellos, "penalidad y prisión", se contienen en forma sucinta: una referencia al surgimiento de la penalidad, a manera de introducción; de ahí se transita a la transformación de la penalidad, al surgimiento de la reclusión como pena y a su evolución hasta los tiempos modernos. Se adoptan para ello los criterios paradigmáticos de las etapas del derecho penal y de las dos grandes escuelas que registra la historia de las ideas en esta materia: la clásica y la positiva.

En la segunda parte, "crisis y alternativas de la prisión", se empieza por traer a cuenta las ventajas y desventajas del aprisionamiento en sus dos vertientes principales: preventiva y compurgatoria; enseguida se consigna la idea del carácter recurrente de las crisis del encarcelamiento y se comentan los tres objetivos principales que se fijan los estudiosos de los problemas de la prisión: reformarla, abolirla, abatir su uso; se pasa luego a exponer una serie de medidas encaminadas al logro del objetivo mencionado en último término, y se concluye prescribiendo una serie de lineamientos, que de seguirse, se estima, producirían un sistema penal más equitativo para sus diversos componentes, más eficaz y menos represivo.

Para terminar este apretado prólogo, han de hacerse dos señalamientos:

(1) La problemática de la prisión tiene implicaciones que trascienden con mucho los límites de la ejecución penitenciaria y alcanza a los demás componentes del complejo denominado sistema de justicia penal. Por tal razón, la temática abordada en el cuerpo de este ensayo es variada y abundante, lo cual también explica que muchos aspectos se toquen sólo tangencialmente.

(2) No obstante lo anterior, no debe sorprender el hecho de que en La prisión: correctivos y alternativas, no se proponga un arquetipo de sistema de justicia penal; la razón para no hacer tal cosa, que además es ajena a los objetivos y alcances de estas páginas, es bifurcada, pero sencilla: (a) el diseño de un plan, para que trascienda el mundo de las entelequias, debe estar referido a una sociedad específica, real, de otra manera sería un ejercicio inútil; un plan paradigmático de sistema de justicia penal supondría la existencia de sociedades iguales, lo cual a todas luces resulta absurdo; (b) la conformación de un plan, para aumentar sus probabilidades de éxito programático, no debe ser labor de un individuo sino de un equipo multidisciplinario que sea capaz de tomar en cuenta el mayor número de variables posible, y, sobre todo, aplicarle el enfoque de sistema, indispensable para asegurar su eficacia y eficiencia. Por lo demás, este interés no está en modo alguno ausente en las siguientes líneas, ya que tal empresa podría realizarse siguiendo las directrices que con frecuencia se señalan, varias de las cuales se concentran en la conclusión general.

Cabe advertir, finalmente, que los términos: reclusión, encarcelamiento, aprisionamiento, y prisión cuando no está referido a establecimiento, connotan el mismo concepto: la privación de la libertad; sea ésta en la instancia administrativa -detención de imputado-, en el momento propiamente judicial -prisión preventiva-, o en la fase ejecutiva de sentencia -prisión compurgatoria o penitenciaría.

JESUS MELGOZA RADILLO

Morelia, Mich., febrero de 1988.

CONTENIDO

	Página
PROLOGO	vii

PRIMERA PARTE PENALIDAD Y PRISION

Capítulo

I.	INTRODUCCION	
1.1.	La penalidad	3
1.2.	Jus puniendi estatal	3
1.2.1.	La pena como institución jurídica	4
1.2.2.	Necesidad y derecho de penar ...	5
1.3.	Justificación o fines de la pena	8
1.4.	Filosofía de la pena	10
1.5.	Conclusión	11
	Notas y referencias	13
II.	EVOLUCION DE LA PENALIDAD HASTA EL SIGLO XVIII	
2.1.	Introducción	17
2.2.	Venganza privada	18
2.3.	Venganza pública	20
2.4.	Período humanitario	24
2.5.	Conclusión	27
	Notas y referencias	29
III.	LAS ESCUELAS Y LA PENALIDAD	
3.1.	Introducción	35
3.2.	Escuela Clásica	35
3.3.	Escuela Positiva	39
3.4.	Balance de la lucha de escuelas	42

3.5. Penalidad resultante.....	45
3.6. Conclusión	47
Notas y referencias	49

IV. LA PRISION

4.1. Introducción	53
4.2. Noticias históricas	53
4.3. Primeras experiencias masivas	56
4.4. Reforma humanista en la Europa de la segunda mitad del siglo XVIII	58
4.5. Sistemas celulares	62
4.5.1. Antecedentes en las colonias americanas	63
4.5.2. Sistema penitenciario de Pensilvania	64
4.5.3. Sistema penitenciario de Auburn	69
4.6. Primeros sistemas progresivos	71
4.6.1. Régimen progresivo de Montesinos	72
4.6.2. Régimen progresivo de Maconochie	73
4.6.3. Sistema progresivo irlandés o sistema de Crofton	74
4.7. Reforma científica	76
4.7.1. Discreción penal	76
4.7.2. Experiencias con delincuentes jóvenes	79
4.7.3. Instituciones abiertas	82
4.7.4. Tratamiento progresivo técnico....	84
4.8. Arquitectura de la prisión	88
4.8.1. Sistema radial	89
4.8.2. Panoptismo	90
4.8.3. Sistema de peine	91
4.8.4. Orientación moderna	92
4.9. Progresión del derecho penitenciario	92
4.10. Conclusión	93
Notas y referencias	99

SEGUNDA PARTE

CRISIS Y ALTERNATIVAS DE LA PRISION

V. LAS CRISIS DE LA PRISION

5.1. Introducción	115
5.2. Valoración del aprisionamiento sancionador	120
5.3. Valoración del aprisionamiento preventivo.....	123
5.4. Valoración de la valoración del aprisionamiento	125
5.5. Manejo de las crisis	126
5.5.1. Reformas a la institución	128
5.5.2. Desinstitucionalización	128
5.5.3. Descriminalización	130
5.5.4. Reformas al sistema de sentencias	132
5.6. Diligencia internacional	133
5.6.1. Reclusión y derechos humanos	135
5.6.2. El primer congreso de las Naciones Unidas y su desiderata penitenciaria	137
5.6.3. Institutos interregional y regionales	141
5.6.4. Otras acciones	142
5.7. Enjuiciamiento global de los sistemas de justicia penal	143
5.8. Conclusión	146
Notas y referencias	151

VI. ABATIMIENTO DE LA RECLUSIÓN

6.1. Introducción	169
6.2. Medidas encaminadas al abatimiento de la reclusión	169
6.2.1. Providencias previas a la decisión judicial sobre la culpabilidad	171
6.2.1.1. Libertad previa o ministerial	171
6.2.1.2. Abstención o suspensión condicional de la acción penal	172
6.2.1.3. Arraigo local y domiciliario	173
6.2.1.4. Transacción	173
6.2.1.5. Libertad provisional bajo caución	174
6.2.1.6. Libertad provisional bajo protesta	174
6.2.2. Providencias posteriores a la decisión judicial sobre la culpabilidad	175
6.2.2.1. Preliberación y prisión abierta	176
6.2.2.2. Libertad condicional. Parole	176
6.2.2.3. Remisión parcial de la pena	177
6.2.2.4. Condena de ejecución condicional. Probación.	179
6.2.2.5. Sanciones pecuniarias.....	181
6.2.2.6. Reparación simbólica	183
6.2.2.7. Semilibertad. Arrestos de fin de semana	184
6.2.2.8. Confinamiento. Arresto domiciliario	185
6.2.2.9. Tratamiento en libertad ..	185

6.2.2.10. Trabajo en favor de la comunidad	186
6.2.2.11. Vigilancia de la autoridad	187
6.3. Conclusión	187
Notas y referencias	189
VII. CONCLUSION GENERAL	195
BIBLIOGRAFIA	199

PRIMERA PARTE
PENALIDAD Y PRISION

"Contener o prevenir los malos efectos del delito; encadenar la fuerza y la violencia con lazos suaves, pero fuertes; sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad; conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos... son los verdaderos objetos y el noble fin de toda legislación penal"

"... a ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas".

Manuel de Lardizábal y Uribe

"La pena es inmoral. Es débil. Es inútil. Genera maldad. Engendra amargura en el penado, dureza y complacencia en los que la imponen. Para justificar la pena desarrollamos falsos estándares de bueno y malo. Caricaturizamos y distorsionamos tanto a las víctimas como a nosotros mismos... El departamento penal, el departamento encargado de castigar, debe ser eliminado de nuestra organización estatal".

Frank Tannenbaum

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1. La penalidad

Lo que en último término distingue al delito es su carácter punible, esto es, la amenaza de pena es el carácter específico del crimen. Así, es la conminación de punibilidad lo que agrega al injusto culpable su índole penal (1). Cuando el delito se comete y se actualiza la reacción social, se culmina en la pena, y aunque son variadas las nociones que sus estudiosos han elaborado, generalmente se la acepta como una sanción impuesta por el Estado, consistente en una restricción o privación de bienes jurídicos del condenado (2).

La evolución de la penalidad se ha visto influenciada, a la vez que interpretada, por factores diversos entre los que descuellan los religiosos, los jurídicos, los filosóficos y los sociológicos; estando en el fondo de todo ello el "jus puniendi" y las particulares concepciones sobre la imputabilidad, con el libre albedrío y el determinismo como subtratos (3). A esto último se volverá al abordar la sistematización de las ideas penales, y concretamente la querrela de las escuelas, ahora se procederá a incursionar en el derecho de penar.

1.2. "Jus puniendi" estatal

Evidentemente que el derecho de penar no ha sido considerado con la misma importancia por los penalistas de ayer y los de ahora (4); antaño, ríos de tinta y montañas de papel se emplearon en la discusión de si el Estado tenía o no derecho de castigar, particularmente en aquellos años álgidos de la querrela de las escuelas jurídico-penales; hogaño, las tendencias que se observan son las de una aceptación o de un rechazo apriorístico del derecho; tal parece que ambas orientaciones consideran que ya se ha discutido lo suficiente al respecto o que no es materia propiamente penal. Por otro lado, existe la posición de los agnósticos que ante el cuestionamiento sobre el "jus puniendi" contestan con un "no sé",

para agregar enseguida que "indiscutiblemente la sociedad tiene derecho a defenderse", que "tiene derecho a ejercer una defensa de sí misma" (5). En este caso, sin que se pretenda hacer un estudio del problema, sí se hará referencia a algunos de sus aspectos importantes, habida cuenta de que el derecho de penar estatal es un supuesto del presente trabajo.

Tal parece que bajo el rubro "jus puniendi", hay por lo menos dos cuestiones que analizar, a saber: el origen o génesis de la pena y la necesidad y derecho de penar. Ambas cuestiones están estrechamente vinculadas con el origen, génesis y justificación del Derecho y del Estado y con el origen mismo de la sociedad, lo que equivale a decir que corren al parejo de la historia de la humanidad.

1.2.1. La pena como institución jurídica

Cualquiera que se acepte como el origen del hombre y de la sociedad, tal parece que el carácter gregario de aquél, así como las demás cualidades y facultades que lo singularizan como amo y señor de cuanto existe, le imponen a la vez la necesidad de vivir con sus semejantes, de vivir en interdependencia; o como lo postulara Aristóteles: el hombre para lograr "vida perfecta y autosuficiente... una vida bella y feliz" necesita "convivir", esto es vivir en sociedad (6). A tal grado llegó el filósofo estagirita a entender la naturaleza humana que expresó: "El que sea incapaz de entrar en esta participación común, familia, municipio, ciudad o que a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, no es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios"(7). La prueba histórica al respecto es irrefutable: así se aprecia en la organización familiar; en las incipientes comunidades de la antigüedad; en los "nomos" egipcios; en el municipio, la "polis" y la "tokoinon" griegos; en la "gens", "civitas", "imperium" y "res publica" romanos; en "the land", el reino y demás dominios feudales; en el estado moderno y en la misma comunidad internacional (8).

La interrelación, convivencia, o interdependencia a que se ha hecho alusión, impone, por necesidad, limitaciones a los intereses de los individuos a efecto de preservar y, en su caso, crear facultades de los mismos frente a sus iguales. Nace entonces la norma, que al garantizar la convivencia a cada uno, hace posible la existencia de la sociedad. Así se justifica el derecho en general, por razón de su necesidad, razón que puede extenderse al campo del derecho penal.

De lo anterior se puede concluir que el hombre, en busca de su realización como tal, ha elaborado formas de organización social hasta llegar a la más compleja y sofisticada: el Estado nacional. La sociedad y el estado mismo nacen pues como respuesta a una serie de necesidades que socialmente se han identificado como el bien común, lo que constituye a la vez el fin u objeto a realizar por el estado.

Asociada a cada momento histórico de organización social, hasta llegar al Estado contemporáneo, ha existido una normatividad con carácter coactivo -Derecho- cuyo fin u objeto a realizar consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condiciones que permitan la consecución del bien común (9). Y como siempre han existido los infractores al orden jurídico establecido, el derecho no se ha limitado a su modalidad constitutiva, sino que se ha hecho necesaria la existencia del derecho sancionador, y dentro de éste el derecho penal a través del cual el estado instrumenta sus formas coactivas más enérgicas -las penas- contra los lesionadores de los bienes jurídicos considerados por la sociedad como los más valiosos.

Así pues, aunque no es posible establecer una fecha de nacimiento para la pena como institución legal, puede decirse que su historia coincide con la historia del delito, ya que a cada concepción de éste corresponde una variante de aquélla. Y si ambas nociones no fueran tan antiguas como la humanidad misma, tal parece que sí son contemporáneas a las ideas de derecho y de estado y que han evolucionado juntas.

1.2.2. Necesidad y derecho de penar

De acuerdo con Pincoffs (10), y en concordancia con lo señalado en el apartado precedente, tal parece que la práctica de la pena se hace necesaria por tres características principales de la vida humana:

a. Características concernientes a la naturaleza humana. Los seres humanos no están dotados, por nacimiento, con todos los patrones de conducta necesarios para la vida en sociedad. La normatividad y las expectativas sociales no son obedecidas instintivamente; por el contrario, hay ocasiones y circunstancias en que el individuo es propen-

so a violar tales normas y expectativas, y lo hará al menos que se le refrene.

b. Características relacionadas con la sociedad humana. Un requisito sine qua non para la existencia de la sociedad humana, es que ésta cuente con los mecanismos para asegurar que ciertos valores, considerados por ella como los más importantes, sean coactivamente protegidos, sin ser necesario que cada individuo tome la custodia de los mismos en sus propias manos.

c. Características concernientes a la naturaleza. Afortunada o desgraciadamente, no hay fuerzas naturales que aseguren el cumplimiento a la normatividad indispensable para la existencia continua de la sociedad humana.

En el inciso a., "características concernientes a la naturaleza humana", se parte del supuesto de que la ley se obedece por temor a las consecuencias por violarla, esto es, por miedo a la actualización de la amenaza penal. Sin embargo, frente a los que obedecen la ley por temor al castigo, están aquellos individuos que la acatan por convicción -moral, religiosa, cívica- y por supuesto otros, probablemente la mayoría, en cuyo ánimo concurren ambos factores para influenciar su conducta. Tomando en cuenta lo mencionado en los párrafos precedentes, y en congruencia con el apotegma clásico "nullum crimen, nulla poena, sine lege", se impone aceptar que: de no existir la ley penal no habrá a delito, ni castigo, ni temor de obrar antisocialmente, ni sociedad.

Así, puede decirse propiamente que la violación del derecho altera tanto la paz social como la paz individual del infractor, de tal suerte que, por lo general, violar la ley es ir contra la naturaleza de la felicidad. A mayor explicación: obrando en razón de cualquiera de los referidos factores (temor-convicción), hay en común una valoración que lleva implícito el anhelo de felicidad, la preferencia por el premio y la aversión al castigo, y si se acepta con Aristóteles que la sociedad existe para facilitar a los individuos la obtención de la felicidad, que en el estado adquiere el nombre de bien común; y que el derecho existe para preservar la vida en sociedad, ha de concluirse que: obrar conforme a la ley trae cierto grado de felicidad; sea que el sujeto únicamente aprecie el estar

libre de la amenaza del castigo fijado en la ley, que por naturaleza es contraria a la felicidad, sea que reconozca la satisfacción íntima por estar obrando conforme al derecho, sea que además valore el sentirse libre de la zozobra interna que acarrea el violar la ley, o todo ello a la vez.

En este orden de ideas, cobra mayor sentido el acer to beccariano: "el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles" (11), entendiendo al hombre como un ser impresionable -sensible- no sólo mediante sus sentidos físicos, sino también a través de su sensibilidad moral o espiritual.

Para Jiménez de Asúa, el "jus puniendi" encuentra su explicación en los sentimientos instintivos que provoca cada delito y en la necesidad de dar satisfacción suficiente a esos sentimientos para restablecer la tranquilidad pública (12). A lo que podría agregarse que: si no se reprimieran los delitos, la impunidad incitaría al infractor a continuar cometiéndolos y a los demás individuos a imitarlo y a la autodefensa, creando así un estado caótico antitético de lo social.

Aceptados los supuestos de que el fin u objeto a realizar por el estado (comunidad) es el bien común y de que para instrumentar su tarea crea al derecho constitutivo y sancionador, incluyendo en éste al derecho penal, se llega a la cuestión de si el estado tiene derecho a castigar, a lo que se responde que sí; que el estado tiene derecho a practicar todos los medios necesarios, sujeto a la norma de cultura de la época correspondiente y por lo tanto también al derecho, para garantizar su existencia y la consecución de los fines que le dieron origen y que han permitido su continuidad (13). El estado juzga ahora, como antes, que uno de esos medios es el castigo y lo suministra en los casos legalmente previstos, y mientras no se tengan mejores medios seguirá acudiendo a este viejo recurso.

Como se apuntó arriba, frente a los que afirman hay lo que niegan el "jus puniendi" estatal; tal posición se encuentra principalmente entre los utopistas, los anarquistas y/o comunistas; sin embargo, estas posturas anarcan como meras utopías (14), ya que siendo realistas, no se alcanza a ver en el horizonte el momento en que se pueda prescindir del derecho penal. No se ve cómo ni cuándo, como

Dorado Montero y Jiménez de Asúa, entre otros, lo predicaron, el derecho penal pase al museo de la historia o la criminología se trague al derecho penal (15). Conociendo la naturaleza del hombre y de la sociedad, no parece razonable aceptar que tal cosa llegue a suceder en un gobierno de humanos y para humanos; desgraciada o afortunadamente, las expectativas, cualesquiera que éstas sean, no se realizan únicamente gracias a la vehemencia o intensidad de un deseo, aunque de él se deriven acciones concretas, es necesario además que tales expectativas descansen sobre la evidencia, esto es, que tengan fundamento de verdad (16).

1.3. Justificación o fines de la pena

Tradicionalmente se ha buscado justificar la pena en función de los fines, naturaleza, objetivos o propósitos que se le atribuyen; pero lejos de existir consenso sobre ellos, en muchos casos son presentados como incompatibles unos con otros. Los siguientes son, a menudo, mencionados y descritos como los objetivos de la pena: (a) retribución; (b) prevención general; (c) prevención especial; (ch) incapacitación; (d) rehabilitación; (e) reintegración (17) (18).

a.- Retribución. La retribución implica un esfuerzo por hacer la pena tan análoga como sea posible a la naturaleza del crimen. Es necesario retribuir para satisfacer el sentido de justicia, tanto de la víctima como del público, y conservar su confianza en la administración de justicia; además, una administración imparcial de penas retributivas neutraliza los impulsos agresivos y sádicos, preservando así contra la pena absurda, la inmensa o desproporcionada, la pena trascendental, la que excede a la falta cometida. Al respecto, Eugenio Cuello Calón expresa: "La retribución como paradigma de justicia es una idea universal arraigada firmemente en la conciencia colectiva que secularmente reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de justicia y da a la retribución penal un tono moral que la eleva y ennoblece" (19).

b. Prevención general. Es la habilidad del derecho penal y su puesta en vigor (amenaza penal y pena) de hacer ciudadanos obedientes a la ley; o los efectos motivadores de la ejemplaridad y de la amenaza penal, que como Johannes Andenaes explica, tiene tres clases de efectos disuasivos: (a) intimidación o miedo al castigo; (b) fortaleci -

miento de las inhibiciones morales -función educativa del derecho penal- bajo el supuesto de que en tanto que la conminación penal representa una reprobación social concreta de un acto, ayuda a formar y fortalecer el código moral del público, creando así inhibiciones conscientes e inconscientes contra la comisión de delitos, y (c) estimulación de la creación de hábitos consistentes en conductas de acuerdo a la ley.

Las inhibiciones inconscientes contra la comisión de actos prohibidos también pueden surgir sin apelar al concepto de moral individual. Así, meramente por cuestión de hábito, por temor, respeto por la autoridad o imitación social como vínculos, es posible inducir actitudes favorables o de rechazo hacia ciertas acciones (20).

c. Prevención especial. Es el efecto que la pena -ya no solamente la amenaza penal sino la pena en concreto- tiene sobre el delincuente, lo que implica su corrección o regeneración, para evitar su reincidencia y para que se torne socialmente útil.

ch. Incapacitación. Se logra cuando se reduce al delincuente a una situación en que se le impide repetir su conducta antisocial; por ejemplo, la eliminación total con la pena de muerte, la castración de los delincuentes sexuales y la propia eliminación o neutralización social que se ocasiona con el aprisionamiento.

d. Rehabilitación o readaptación. Consiste en la re formación del delincuente, convirtiéndolo en obediente a la ley y en constructor social.

e. Reintegración. Aunque la rehabilitación es aún - parte de este enfoque, no constituye la meta última, no basta rehabilitar al delincuente, hay que reinsertarlo en su comunidad libre. El sistema de administración de justicia debe desarrollar programas que preparen al delincuente a conducirse apropiadamente en su comunidad libre, de modo que pueda retornar a ella como ciudadano productivo y que las actitudes de la comunidad sean de aceptación, con lo que se disminuirán los riesgos de reincidencia.

Para lograr los fines que se le atribuyen a la pena, el sistema de administración de justicia ha usado históricamente varias especies de penas: destierro, pena de muerte,

te, penas corporales, multa, prisión y muchas otras. En última instancia, y en cierta medida como propone Packer (21), estos supuestos fines u objetivos de la pena se reducen a dos: (a) retribución, que casi siempre se la presenta como punitiva principalmente; y (b) prevención, a través de la reforma, reintegración, incapacitación, e intimidación del delincuente. Por ello no debe extrañar que las bases filosóficas de la pena graviten en torno al retribucionismo y a la prevención o utilitarismo (22) (23), mismas que no son necesariamente excluyentes entre sí y sí pueden ser complementarias, como se desprende de la descripción que a continuación se consigna.

1.4. Filosofía de la pena

Utilitarismo o prevención. La premisa básica del utilitarismo es que la pena, como una imposición de sufrimiento, es injustificable al menos que pueda mostrarse que es probable la obtención de un mayor bien por infligirla que por suspenderla. El bien que pretende lograrse con la pena es la prevención o abatimiento de un mal mayor: el delito. De este modo, la pena se justifica en función de su utilidad, como resultado de un análisis social de costo beneficio; o como lo expone José M. Rico: "No debería permitirse ninguna pena a menos que su utilidad para conseguir cual quiera de sus objetivos sea manifiesta y a condición de que sus efectos desfavorables no anulen los favorables"(24). La filosofía utilitarista de la pena fue defendida, inter alia, por Epicuro y Lucio Annio Séneca, en la Antigüedad; por los contractualistas del siglo XVIII y por David Hume y Jeremías Bentham en los tiempos modernos.

Retribución. Los retribucionistas afirman que porque el hombre es responsable de sus acciones, debe recibir lo que justamente merece como retribución por ellas. Para ellos la pena es justa paga por violar la ley, por hacer el mal; la razón de penar es el crimen cometido. Las semillas de esta filosofía fueron plantadas por el estoicismo con Zenón y Crisipo; cultivadas por Cicerón en Roma, y alcanzaron pleno desarrollo con Manuel Kant, G. W. Hegel y F. H. Bradley en los tiempos modernos.

Tal parece que en la larga y abundante discusión sobre los fines, la naturaleza y la filosofía de la pena, se ha incurrido en serias confusiones. No deben confundirse las preguntas: "por qué" y "para qué" castigar, y sus respectivas respuestas; tampoco debe identificarse el objeti-

vo o fin de la sanción penal con los efectos de la misma, aunque su fin esté contenido en sus efectos, ya que de no ser así se estaría ante un medio inidóneo pero no se puede decir que todos sus efectos constituyan el fin de la pena. La pena es retribución, entendida ésta como consecuencia, como pago por violar la ley, como demanda de la justicia, y sirve fines de castigo y preventivos únicamente. Aunque más adelante se tocará este tema, se tratará ahora de explicar brevemente.

El derecho penal nace en respuesta a una necesidad social, a saber: garantizar coactivamente el respeto de los valores que la sociedad considera indispensables para su subsistencia, reprimiendo aquellas conductas que se le opongan; y la satisfacción de esa necesidad que le dio origen constituye su propio fin u objetivo cardinal, que a la vez justifica su existencia. De igual manera, la pena como institución jurídica es el instrumento mediante el cual se pone en vigor el derecho penal y como tal sirve fines punitivos, esto es, de castigo. La pena lógicamente es retribución y por su naturaleza es castigo, es una correspondencia frente a la alteración formal que implica el delito. Vista de esta manera, la pena es también restauración del orden violado, y así como el delito acarrea la pena, la justicia exige el castigo; de tal suerte que la pregunta "por qué se castiga", ha de responderse que se castiga por merecimiento (justicia), porque se ha violado el orden jurídico penal; y por necesidad, porque si no se castigara, eventualmente se llegaría a la desintegración social. Mientras que la pregunta: "para qué se castiga", quedaría resuelta al afirmarse que se castiga para poner en vigor el derecho, para hacer valer el derecho penal y preservar el orden social; con lo cual no se niega la prevención.

1.5. Conclusión

1.5.1. La historia de la pena como institución jurídica corre al varejo de la del delito, en tanto que éste es presupuesto de aquélla, y es tan antigua como el derecho y el estado, ya que estas dos categorías son interdependientes y la pena supone un poder social o estadual que la instrumente.

1.5.2. La pena es esencialmente una restricción o privación de bienes jurídicos del venado, que tiene su justificación en una doble necesidad: (a) la necesidad humana

de vivir en sociedad, y (b) la necesidad estadual de garantizar la convivencia social orientada hacia el bien común. Ambas fundamentan el "jus puniendi" estatal.

1.5.3. La pena es retribución lógicamente, y es castigo por naturaleza. Es retribución, entendida ésta no como venganza o desquite, sino como merecimiento, como dar a cada quien lo suyo, como justicia. Es castigo porque es reproche -lo contrario de encomio- porque es privación de bienes o derechos del penado. Sin desnaturalizarla, como pretenden quienes insisten en que por ningún motivo debe ser castigo, la pena puede surtir efectos preventivos.

NOTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO I

1. Cf. Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 7a. ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, pp. 425 - 431; Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, 10a. ed., México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1974, pp. 218-221.
2. Para Eugenio Cuello Calón, "la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". Derecho penal, 9a ed., México, D.F., Editora Nacional, 1975, p. 579. Según J.M. Rodríguez Devesa, la pena es "la privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito". Derecho penal español, Madrid, 1973, p. 732. Citado por J.M. Rico, Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1982, p.9.
3. El principio filosófico del libre albedrío -como comúnmente se ha interpretado- sostiene la libertad total del pensamiento y conducta humana, oponiéndose así a la filosofía del determinismo que sostiene que la relación fatalista entre causa y efecto, representada por las leyes de la naturaleza, también se aplica al yo y sus circunstancias, al ser humano y la serie de causas que determinan su conducta. De este modo, toda conducta al igual que todo fenómeno es el resultado del conjunto de circunstancias o causas que lo determinan.
4. G. Radbruch sostiene que el estudio del "jus puniendi" estatal no debe hacerse por los penalistas, mientras F. von Liszt, Florián, Jiménez de Asúa y otros penalistas le dedican importantes espacios y considera -ciones en sus obras.

5. Sergio García Ramírez, en "Encuentro sobre sistemas penitenciarios", participantes: Antonio Beristáin, Pierre Bouzat, Sergio García Ramírez, Roberto Pettingo, Alfonso Quiroz Guarón, José León Sánchez, conductor Alvaro Gálvez y Fuentes, T.V. canal 2, 11 y 18 de enero 1975. Criminalia (versión mecanográfica) año XLI, nos. 7-12, México, D.F., julio-diciembre 1975, pp. 305-338.
Esta es la posición de la defensa social que tiene en México entre sus más conspicuos seguidores a Sergio García Ramírez, lo cual se puede apreciar tanto en su basta producción literaria, como en sus realizaciones prácticas durante su fructífera vida como servidor público.
6. Aristóteles, Ética Nicomaquea, Política, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., "Sepan Cuántos..." No. 70, 1967. Ética Nicomaquea, Libro IX, cap. IX, pp. 126 y ss. ; Política, Libro Primero, cap. I, pp. 157 y ss., y Libro Tercero, cap. V, pp. 207 y ss.
7. *Ibid*, Política, Libro Primero, cap. I, p. 159
8. Erich Kahler, Historia universal del hombre, 4a ed., México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 35 - 179 y 293 - 352.
9. Cf. Louis Le Fur, José T. Delos, Gustav Radbruch, A.J. Carlyle, Los fines del Derecho: Bien común, justicia, seguridad, pról. y trad. de Daniel Kuri Breña, 4a. ed; México, D.F. UNAM, 1975; Ignacio Burgoa O., El Estado, México, D.F., Edit. Porrúa, S.A., 1970; Mario de la Cueva, La idea del estado, México, D.F., UNAM, 1975.
10. Edmund L. Pincoffs, The rationale of legal punishment, New York, Humanitas Press, 1966, pp. 2 y ss.
11. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, trad., pról. y epíl. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. J.V. Cañica, 1957, p. 152.
12. Luis Garrido, Ensayos penales, México, D.F., Ediciones Botas, 1952, p. 66.

13. Esta facultad punitiva de la sociedad no se acerta que sea arbitraria y sin medida. Si por definición es "jus", esto es derecho -"jus puniendi"- el principio "nullum crimen nulla poena sine lege" lo rige y debería entenderse además como "nulla executio sine lege".
14. En las últimas décadas ha tomado fuerza la corriente o escuela de la defensa social, nacida en Italia y organizada supranacionalmente como la Sociedad Internacional de Defensa Social, con estatuto de órgano consultivo de las Naciones Unidas. Sus fundadores Filippo Gramatica y Marc Ancel niegan el "jus puniendi" estatal y afirman la obligación del Estado de socializar. En nuestro concepto, con todo lo positivo que representa la tendencia en cuestión, una vez que se confronta esta línea directriz con sus demás postulados, aparece un tanto contradictoria. Cf. Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, México, D.F., Edit. Porrúa, S.A., 1979, pp. 247 y ss.
15. Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 40 -74
16. Como ilustración de que las expectativas no se logran en función de vehementes deseos, aunque a estos los sucedan acciones concretas, citamos el siguiente caso: se cuenta que cuando los europeos empezaron a explorar en El Nuevo Mundo, los americanos con que se encontraron estaban asombrados ante el poder y las propiedades explosivas de la pólvora, e hicieron muchas preguntas acerca de cómo se producía. Los europeos, aprovechándose de la ignorancia y buena fe de los naturales de América, y viendo la oportunidad de aumentar sus riquezas por el engaño, dijeron a éstos que la pólvora era la semilla de una planta que crecía en las tierras de donde venían, y que indudablemente crecería en sus tierras también. Así, los europeos obtuvieron grandes cantidades de oro a cambio de la supuesta semilla. Los americanos cuidadosamente sembraron la semilla y ansiosamente esperaron que brotara la planta, pero ésta nunca apareció. Evidentemente que los americanos creyeron y tuvieron confianza en las palabras de los europeos, pero como estas palabras eran falsas y por lo tanto la evidencia en que basaban su creencia no era verdad, su confianza y sus expectativas fueron en vano.

17. Cf., entre otros, Luis Jirénez de Asúa, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; Eugenio Cuello Calón, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; James Goldschmidt, Principios generales del proceso, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. pp. 15-40; Johannes Andenaes, Punishment and deterrence, Ann Arbor USA, The University of Michigan Press, 1974, pp. 3-9; 173-180.
18. Sergio García Ramírez, La prisión, México, D.F., Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, pp. 27-29; 57-59. Este autor refiere como fines de la pena la retribución, la expiación, la ejemplaridad y la corrección.
19. Eugenio Cuello Calón. La moderna penología, Barcelona, Bosh, 1958, p. 17.
20. Johannes Andenaes, *loc. cit.*
21. Herbert L. Packer, "Justification for criminal punishment", en George G. Killinger y Paul F. Cromwell, Jr; ed., Introduction to corrections: Selected readings, USA, West Publishing Company, 1978, pp. 25-45.
22. Cf. Fausto Costa, El delito y la pena en la historia de la filosofía, México, UTEHA, 1953.
23. Cf. Gertrude Ezorsky, ed. int., Philosophical perspectives on punishment, Albany, State University of New York Press, 1972, pp. 37-165.
24. José M. Rico, *op. cit.*, p. 17.

CAPITULO II

EVOLUCION DE LA PENALIDAD HASTA EL SIGLO XVIII

2.1. Introducción

En el tratamiento de este tema se usará como marco de referencia a las etapas o períodos del derecho penal, es -
quema bastante familiar para los penalistas y que se con -
sidera útil para trazar la evolución de la penalidad; toda
vez que delito, pena y derecho penal transitan insepara -
bles por las páginas de la historia de las ideas penales.
Aunque los historiadores del derecho penal distinguen di -
versas etapas en la evolución de éste (1), para los efec -
tos de este trabajo se hará alusión a cuatro períodos, a
saber: venganza privada; venganza pública; período humani -
tario y período científico. La anterior no deja de ser una
división artificial, sumamente general y por lo tanto ar -
bitraria y a veces injusta. Arbitraria, porque si se afir -
ma por un lado que la historia de la pena corre aparejada
a la del derecho penal, que a su vez se desarrolla a la
par que los grupos y comunidades humanas; más propio sería
presentar la formación y desarrollo de la pena en una so -
ciedad humana determinada; esto es, en un pueblo o nación
específica y no tratar de abarcar a la humanidad entera;
lo cual no deja de ser una pretensión vana, ya que mucho
que debería incluirse se deja fuera por diversas razones.
Injusta, porque muchas veces se da la apariencia, no siem -
pre correcta, de que los pueblos o culturas preteridas en
el estudio, se omiten porque no tienen nada que aportar,
pero con frecuencia tales omisiones no tienen más explica -
ción que el subjetivismo de los autores. Por otro lado, es -
tos análisis, por ser abstracciones, no permiten la ubica -
ción en el tiempo y en el espacio con la frecuencia necesa -
ria para dar objetividad y mayor comprensión al objeto de
estudio, a la vez que se da la impresión, a todas luces in -
correcta, de que la humanidad es un conjunto homogéneo y
que se ha transformado siempre hacia estadios de vida supe -
riores, cuando fácilmente puede constatararse que pueblos que
hace siglos alcanzaron posiciones de civilización desea -
bles, luego decayeron a niveles poco distantes a los de la
edad de piedra. Así, no se puede negar que aunque la huma -

nidad se encuentra en los albores del siglo XXI, no privan las mismas condiciones de desarrollo y progreso en los pueblos de la Patagonia que en los de América del Norte, o en los países europeos con respecto a las naciones africanas que en los últimos años han asumido su soberanía. Diferencias como las mencionadas y otras más sutiles, suelen pasarse por alto en enfoques tan generales y globales (2). Empero, se reconoce que el modelo de las etapas o períodos históricos ya está arraigado entre los estudiosos de las ciencias penales, de modo que a continuación se seguirá dicha convención paradigmática.

2.2. Venganza privada

Parece lógico que en el devenir histórico de las ideas penales, la venganza fuera la primera justificación de la función penal. Pero no la venganza como sola reacción instintiva contra el ofensor y todo lo que con él se vinculara, sino la que además fue reconocida por el grupo social como derecho del vengador, poniéndose aquél (el grupo social) de su parte, auxiliándole inclusive cuando fuera necesario para que la ejecutara. En tal caso, la venganza fue a la vez que un derecho una obligación, ya que la reacción debió ser considerada una defensa del vengador y/o su familia, y éste tenido como el brazo ejecutor de la justicia. La otra venganza, como sola reacción instintiva, como desquite, revancha o represalia, que seguramente existió antes como existe ahora, se la considera una debilidad de carácter, que por desgracia frecuentemente se ve estimulada por las deficiencias de la sociedad para administrar justicia.

También parece lógico que el derecho/deber de venganza ocasionara múltiples problemas, porque por un lado era poco probable que el ofendido reconociera limitaciones al ejecutar su derecho y más probable que causara al ofensor y/o su familia todo el mal que le fuera posible; y por otro lado, la reacción que no se hacía esperar prácticamente ocasionaba un estado de guerra entre familias.

En la medida que los grupos humanos se organizaron, se dieron las condiciones para que los individuos que los componían pudieran cometer ofensas que atentaran no sólo contra los intereses privados de los miembros del grupo, sino aun contra la total comunidad; ante tales acciones la comunidad reaccionaba expulsando al ofensor de su seno,

configurándose así el estado que algunos han denominado "térdrda de la paz", porque al retirarle la comunidad toda protección lo dejaba a merced de cualquiera que lo encontrase y el delincuente se veía precisado a mantenerse huyendo hasta que, lo más probable, alguien lo matase (3) (4).

Para evitar los males de una reacción ilimitada, se atenua ésta mediante dos medidas probablemente sucesivas, a saber: (a) la fórmula del talión: "ojo por ojo, diente por diente", indicando con ella que no podía retribuirse al delincuente con un mal mayor que el que él a su vez hubiese inferido a su víctima, y (b) la composición, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho de venganza (5). Aunque ambos principios ya aparecían en legislaciones tan antiguas como el Código de Hammurabí, fue en el Derecho Hebreo, normatividad de indiscutible mayor trascendencia para el mundo occidental (6), donde aparecen más ampliamente utilizados y probablemente con diferente alcance, ya que los hijos de Israel habían recibido además una norma específica como parte de la Ley de Moisés: "No te vengarás, ni guardarás rencor a los hijos de tu pueblo, sino amarás a tu prójimo como a tí mismo" (Lev. 19:18). Así, debe entenderse que la "lex talionis", expresada en la fórmula veterotestamentaria ya citada, no tiene el sentido de venganza o represalia (7) sino que es una métrora que significa "a semejanza" o "en proporción", y se dio para guiar a los jueces en sus decisiones y para que las personas no se tazaran represalias en forma individual. Es, por lo tanto, un principio de justicia incorporado a una ley que por ello fue superior a las de su época, y significó el paso de la práctica de la venganza desproporcionada a la ley del desagravio proporcional (8).

Tanto en este período como en el de venganza pública, que se examinará más adelante, suelen confundirse los conceptos de delito y de pecado, así como sus correspondientes consecuencias pena y penitencia -expiación; lo mismo sucedió con las dos mayores instituciones que han existido -Estado e Iglesia- y que regular dichos conceptos y administran sus respectivas consecuencias. Este fenómeno tiene en parte explicación en el hecho de que originalmente el derecho cubría un espectro valorativo más amplio que el de ahora, a tal grado que moral religiosa y derecho solían tutelar los mismos valores, de manera que una infracción a la primera implicaba también una violación a la

norma jurídica, y como los poderes institucionales se confundían, o peor aún, el estado se subordinaba a una iglesia determinada, se acarrearán numerosos problemas al tratar de atribuir carácter religioso o moral a la pena. Conviene advertir también que en los dos períodos iniciales de la penalidad (venganza privada y venganza pública) se enfatizó el carácter retributivo de la pena y se destacaron sus efectos preventivos mediante la intimidación; aclarando que en este caso no necesariamente se concibe el término retribución como sinónimo de inhumanidad, venganza, desquite, revancha o represalia; sino en muchos casos como pago, como recompensa, como justicia.

Parece ser que lo que caracterizaría a la venganza privada, como etapa de la penalidad, es que la persecución del delito es llevada a cabo principal o exclusivamente por el vengador (individuo, familia, iglesia), y la participación de éste en la determinación y ejecución de la pena, si no es exclusiva, sí es muy importante, independientemente del fin que se le pretenda atribuir a la sanción.

2.3. Venganza pública

El derecho penal, al que no se le disputa ya su carácter público, nació como derecho privado, y su lucha más tenaz ha sido para convertirse precisamente en público, es decir objetivo, imparcial (9). Esta brega fue, por un lado, para rescatar la punición del ámbito de los individuos, de las familias y de la religión, y depositarla en el Estado en cualquiera de sus formas evolutivas; y por otro lado, para establecer una medida y un objeto a la reacción contra la ofensa o mal recibido; esto es, que no fuese un poder ilimitado, arbitrario e irracional.

Por las referencias temporales que suelen hacerse a este período, parece ser que no es entonces cuando la penalidad asumió completamente el carácter de pública, sino hasta que el poder secular se sustrajo a la tutela privada y eclesial. ¿Fue cuándo fue? ¿Sería en el siglo I antes de nuestra era?, cuando se dio la lucha entre "delicta privada" y los "crimina pública" en la Roma republicana, en cierto modo resuelta por la ley Sila al reafirmar el derecho penal público (10); o ¿en 1302?, cuando Felipe el Hermoso confirmó la soberanía del monarca y la independencia frente al papado, rechazando así la pretensión del papa Bonifacio VIII, que insistía en la supremacía del poder espi

ritual sobre el temporal (11), o ¿en 1820? cuando se clausuró la Santa Inquisición en México (12). Nuevamente aquí se presenta el problema de las generalizaciones a que se hizo referencia con anterioridad; por ello, tal vez fuera más conveniente hablar de tendencias, ingredientes o aspectos, que de períodos o etapas evolutivas que sugieren la equívoca idea de precisa delimitación temporaria y de progresividad. Entonces podría hablarse, en cambio, de los aspectos vindicativos, humanistas y científicos de la penalidad.

Durante lo que suele llamarse período de venganza pública, al ofendido no le es permitido que venga el agravio porque ya no es titular de la defensa; ahora tal función la asume una autoridad. De este modo el manejo imparcial de las penas se traslada a los jueces, la pena se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aun del que la ejecutaba, entonces la represión tiene como fin esencial el mantener la paz social, la tranquilidad pública, y se hizo respetar coactivamente el talión y la composición, frenando así los desbordamientos del ofendido; pero por otro lado se usa el poder social, poder más contundente aún, para lograr lo que el vengador privado no podía por incapacidad, por carecer de la fuerza necesaria. Todo este poder colectivo se descargó sobre el infractor y se llegaron a dictar las leyes más severas y crueles, que castigaron con gran rigor no sólo los crímenes más graves sino hasta hechos hoy extrapenales.

Los excesos que se cometieron durante la venganza pública, juzgados a la luz de la norma cultural de otras épocas, han sido calificados de violentos, aterrorizantes, represivos e inhumanos. Al respecto dice Jiménez de Asúa: "fue una inmensa época de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras)" (13).

Los siguientes párrafos presentan un panorama del estado del arte de penar durante lo que se suele llamar venganza pública:

"Thorsten Sellin, el famoso criminólogo, cuenta de una mujer que fue sentenciada a muerte en 1617 después de un historial de 31 arrestos en diferentes pueblos de Holanda. Previamente había sido puesta en la picota once veces y azotada en siete ocasiones. También había sido marcada con hierro candente cinco veces y le habían sido cortadas las

oreñas. Además, había sido desterrada para siempre de varios pueblos en siete ocasiones. Un delincuente en Amsterdam fue azotado siete veces y marcado con hierro candente siete veces entre 1603 y 1605.

"Otro hombre fue azotado siete veces y marcado cuatro veces entre 1603 y 1605. Un tercero fue azotado ocho veces... y un cuarto fue azotado cuatro veces y marcado tres veces en el espacio de un año, 1616. Todavía otro tenía un historial de once penas de látigo y cinco con hierro candente entre 1614 y 1618. Un hombre tuvo un ojo taladrado como castigo en 1617, y durante los próximos años fue sentenciado a pena de azotes en seis ocasiones y a marca con hierro candente en tres." (14).

Korn y Mc Corke comentan que:

"Por el siglo XIV la pena más comúnmente citada en los registros de los países de Europa continental era la pena de muerte. En la medida que el número de delitos castigados con muerte aumentaron, hubo un correspondiente aumento en la ingeniosidad y variedad de técnicas de ejecución. Probablemente durante ningún otro período de la civilización occidental hubo una búsqueda tan intensa por nuevas formas de hacer morir a los hombres. La muerte por quemaduras, sofocación o asfixia, ahogamiento, envenenamiento, empalamiento, fractura y enterramiento, fue refinada a tal grado que la ejecución llegó a ser una profesión combinando muchas características de un arte, una ciencia y un espectáculo público.

"Ciertos verdugos lograron una amplia reputación en una especialidad particular y fueron contados entre los más destacados divertidores públicos del momento. La ciudad de Hanover desarrolló una especialidad en que la muerte era infligida por avispas. Más tarde este método fue refinado para proveer una muerte espectacular por hormigas y moscas -una innovación que aumentó la atracción de la audiencia al prolongar la duración del espectáculo. El ingenio y las habilidades técnicas de los verdugos se revelan por la complejidad de las instrucciones que les era requerido seguir. Algunas veces la víctima tenía que ser mantenida consciente por un período considerable, durante el cual una secuencia detallada de torturas y mutilaciones era llevada a cabo. Para seguir estas instrucciones se requería que los verdugos dominaran el arte de preservar la vida aun bien tras la destruir. Una de las ironías de la época era que

el conocimiento anatómico y la alta competencia médica de los verdugos a menudo rivalizaban con la pericia de los médicos de entonces" (15).

Las penas de trabajos forzados en galeras y minas y otras obras públicas fueron también frecuentemente usadas, así como las de presidio y deportación. Comúnmente a la pena principal se acompañaba otra, a veces infamante o a troy, el siguiente es un ejemplo ciertamente excepcional por tratarse de un regicida (16): Damiens, luego de retragarse públicamente ante la puerta principal de la Iglesia de París, fue llevado a la plaza de Grève, donde sobre un cadalzo levantado ex profeso, le fue quemada la mano derecha con fuego de azufre, luego le fueron atenaceadas las pectorillas, los muslos, los brazos y las tetillas. En seguida, ante la presencia morbosa de la multitud, sobre las partes atenaceadas se le vertió plomo derretido, aceite hirviendo y pez resina ardiente, así como cera y azufre fundidos juntamente. Sin inmutarse ante los gritos desgaradores y los "¡Perdón, Dios mío!"; "¡Jesús socorredme!"; "¡Perdón, señor!"; y "¡Dios mío, tened piedad de mí!"; del supliciado; los torturadores, dirigidos por el verdugo Samson, procedieron luego a descuartizarlo, haciendo tirar de él a cuatro caballos, luego ayudados por otros dos, que a pesar de los esfuerzos realizados y tras varios intentos, sólo lograron romperle los brazos por las coyunturas. Los horribles gritos de Damiens seguían escuchándose, en rara mezcla con los rezos de los confesores que solícitos acercaban el crucifijo para que el desdichado lo besara. Para realizar el desmembramiento, aún en vida, fue necesario cortar le los nervios y destrozarle a hachazos las coyunturas; finalmente, sus miembros y tronco fueron consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y éstas arrojadas al viento. Todo esto sucedía en 1757 (17).

Tales prácticas penales no eran privativas de Europa continental, también Inglaterra y a su tiempo las colonias americanas siguieron las mismas tendencias de las madres patrias (18) (19) (20); por lo que se puede afirmar que el gran escenario punitivo de aquella época estuvo formado por estibules o cadalzos, ruedas, hogueras, horcas, picotas, cepos, calabozos y verdugos; hachas, espadas, cuchillos, fraguas, yunque, martillos, remaches, cadenas, argollas, collares, balas de cañón como lastres, jaulas, mazos y ceros: todos de la misma hechura, como indicios mudos y fríos de la edad de hierro de la pena; cera, azufre, capuchas, ropas multicolores, anuncios infamantes, carte-

les, "hojas sueltas" o "volantes", gacetillas y almanaques. Todo ello tendiente, por un lado, a la obtención de seres infamados y cuerpos supliciados, descuartizados, mutilados, azotados, marcados en la cara, el hombro o la espalda; y por el otro, y como consecuencia, a infundir terror al crimen, así en los delinquentes actuales como en los potenciales.

Por supuesto que no todo era severidad penal, coexistían con los castigos ya señalados, sanciones ligeras como reparación pecuniaria, pérdida de derechos, multa, confiscación, admonición, censura, interdicción de residencia, y prisión; aunque ésta última se usaba de manera excepcional como pena, ya que todavía predominaba la prescripción latina: "prision ad continéndo~~s~~ homines, non ad puniéndos"

En medio de este panorama penal, el milanés César Bonesana, Marqués de Beccaria, publica su libro Dei delitti e delle pene (De los delitos y de las penas), pequeño pero trascendente opúsculo en el que hace una crítica razonada de la "práctica criminal" prevalectante en el mundo occidental civilizado de la época y expone una serie de puntos de vista que vinieron a revolucionar las ideas penales; pero todo esto forma parte ya del período humanitario.

2.4. Período humanitario

La revolución filosófica del Renacimiento (siglos XV y XVI) alentó un propósito de reivindicación de los valores humanos frente a los poderes temporales y espirituales enajenantes de la época, y representó así una lucha contra los abusos del dogma y del soberano. Este movimiento intelectual, artístico y científico que se inspiró en la Antigüedad (cultura grecorromana), desarrolló un individualismo humanista que constituyó, en cierta forma, una rebelión de los ciudadanos contra el orden feudal y culminó en la Ilustración o Iluminismo (XVIII), con la consigna evidente de sustituir el dogma religioso por la razón, especialmente en el mundo de la filosofía, y de restringir el poder absoluto de los reyes; cobrando así nuevo vigor el potegma de Protágoras de Abdera: "El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en tanto que son, y de las que no son, en tanto que no son".

En Francia, bajo los influjos liberales de Inglate-

rra, los enciclopedistas ya se habían rebelado públicamente contra la penalidad imperante; el embate iniciado por Diderot, D'Alambert, Holbach y Helvétius, se acrecentó con las plumas de Montesquie, Voltaire y Rousseau.

En Italia, cuna del Renacimiento, César de Bonesana, Marqués de Beccaria (1738-1794), da a luz su pequeña gran obra De los delitos y de las penas, en 1764, publicación que tuvo sonado éxito: la Sociedad Patriótica de Berna le otorgó una medalla de oro y las ediciones se sucedieron una tras otra hasta alcanzar el número de veinte aún en vida del autor, pero... ¿Cuáles fueron esas ideas que vinieron a revolucionar el status prevaleciente? (21), a continuación se reseñan algunas de ellas (22).

(a) Las penas son las medidas -"motivos sensibles u obstáculos políticos"- establecidas para defender las mínimas porciones de libertad enajenadas por los hombres a cambio del disfrute seguro y tranquilo del resto de sus libertades (23); (b) la pena tiene dos fines principales: disuadir a los potenciales infractores de la ley, o sea impedir los delitos, y preservar la tranquilidad pública; para lo cual debe reunir los siguientes requisitos: certeza, infalibilidad o fatalidad, prontitud, proporcionalidad e igualdad; (c) oposición a la pena de muerte, otras penas atroces y al tormento, por ilegítimos (injustos) e inútiles (ineficaces) (24) (25); (ch) pugna por la legalidad de los delitos y de las penas y porque las facultades de legislar y juzgar no se concentren en la misma autoridad; (d) sostiene que el proceso inquisitorial ("ofensivo") prevaleciente entonces, debía ser sustituido por el acusatorio ("informativo"); (e) aboga a favor de la separación entre delito y pecado y sus consecuencias respectivas, al sostener que la justicia humana es diferente a la divina y que la justicia penal, en concreto, nada tiene que ver con la justicia de Dios; (f) postula que es mejor prevenir los delitos que venarlos, y destaca como medidas preventivas: las leyes claras, sencillas y justas; la ilustración; el interesar a la sociedad en la observancia de las leyes y no en su corrupción; recompensar las virtudes, y perfeccionar la educación.

El pensamiento de Beccaria respecto de la pena, queda brillantemente resumido en sus propias palabras: "...para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencial

mente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes" (26).

Los estudiosos de las ciencias penales coinciden en que Beccaria representa un hito en la historia de las ideas penales e inaugura el llamado período del derecho penal clásico, liberal y humanitario. Clásico porque fue el que se enseñó por tantos años en las escuelas universitarias y el que se aplicó en el mundo occidental civilizado; liberal por traer en sí mismo el germen libertario que como cionó las conciencias más valiosas de aquella época y por su vínculo político con la Revolución Francesa; y humanitario porque está animado por un espíritu de reivindicación de los valores humanos frente a los poderes temporales y espirituales, que se manifiesta en parte en la subordinación del rigor de las penas a la certidumbre de las mismas, lo que equivale a su racionalización y a su mitigación.

Algunas de las ideas emergentes, gracias al fenómeno conocido ahora como despotismo ilustrado, fueron bien recibidas por los mecenas más influyentes de aquella época, quienes realizaron sendas reformas penales en sus respectivos reinos: Cataline II, la Grande, de Rusia (1729-1796), en 1769; María Teresa de Austria (1717-1780), en 1776; Federico II, el Grande, de Prusia (1712-1786), en 1776; Luis XVI de Francia (1754-1793), en 1780; José II de Austria (1741-1790), en 1788. Lo mismo sucedió en Pensilvania y Toscana en 1786; pero el impulso definitivo lo dio la Revolución Francesa que al hacer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789, estableció principios que pasaron después a los códigos penales y procesales de toda Europa (27), y que en corto tiempo trascendieron ese ámbito geográfico. Así, el costulado de libertad quedó incorporado en el principio de legalidad de los delitos y de las penas; el de igualdad en la objetividad del delito, esto es, en el tipo penal o tipicidad ajena a clases y fueros, cuya inflexibilidad, por re - chezar toda diferencia subjetiva entre los agentes activos del delito, fue matizada al introducirse en el derecho penal francés, las circunstancias modificativas de los delitos, que llevadas al extremo produjeron un casuismo exagerado; la fraternidad se manifiesta en la dulcificación y benignidad de las penas que suponía la abolición del tormento y los suplicios atroces, así como en la tendencia correccionista de aquellas (las penas), que las orientó ha

cia la readaptación social del delincuente.

El derecho penal liberal, determinado por el parte-agues histórico que fue la Revolución Francesa, que como ya se mencionó fue una reacción contra la opresión y la crueldad de los suplicios, dio una nueva estructura al catálogo de penas contenido en las legislaciones de las postrimerías del siglo XVIII y principios del XIX. La pena de ja de estar centrada en el suplicio como técnica de sufrimiento y toma como objeto principal la pérdida de un bien o derecho, sin que se elimine del todo el sufrimiento corporal. A pesar de la oposición de algunos pensadores que en su lugar invocaban la prisión perpetua, subsistió la pena de muerte, aunque reducida en cantidad, y ya no como ceremonia popular atroz y morbosa, ni acompañada de otros suplicios. La prisión adquiere un rango superior como pena analógica contra los secuestradores, raptos, etc.; o como condición vare que otras penas pudieran ser ejecutadas. Es interesante observar, como lo destaca Michel Foucault, que la penalidad analógica subyacente en las ideas beccarianas y benthamianas, no sólo no implicaba sino que rechazaba el uso generalizado de la prisión. Esa analogía entre la índole del delito y la índole del castigo requería una especificidad y variedad de penas (28) (29); oportuno es recordar las críticas que Ch. Chabroud, diputado al constituyente francés de 1791, hiciera a la penalidad propuesta por Le Peletier: "De manera que si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio" (30).

Por otro lado, adquieren rangos superiores en el catálogo las penas menores como la multa, la reparación pecuniaria, la privación de derechos, la confiscación, la interdicción de residencia, y algunos castigos infamantes como la humillación. Mientras que subsisten, por un corto tiempo, las de trabajos públicos, presidio y deportación, que le misma influencia humanista o la necesidad política llegaron a suprimir más tarde.

2.5. Conclusión

2.5.1. La "lex talionis", resumida en la fórmula veterotestamentaria "ojo por ojo, diente por diente", significó un avance importante en la historia de la penalidad.

Lejos de tener el alcance de venganza o represalia, es una metáfora que expresa "semejanza" y "proporción", y se dio como principio de justicia retributiva para guiar a los jueces en su función y para que las personas no se tomaran represalias en forma individual. Así, en su sentido original, retribución viene a ser sinónimo de justicia.

2.5.2. La penalidad pre-beccariana, que pertenece al período avanzado de la venganza pública, está marcada por una doble confusión; por un lado, la mezcla de delito y pecado y sus correspondientes consecuencias, pena y penitencia -expiación ; y por el otro, la confusión entre poderes temporal y espiritual, Estado e Iglesia, y la lucha por su preservación y prevalencia. La contumacia y la severidad de la reacción contra el delito, agravada por los métodos y técnicas usadas para castigar, condujeron a lamentables excesos, por lo que bien puede caracterizarse a tal etapa como la edad de hierro de la pena.

2.5.3. El individualismo humanista, generado por la revolución filosófica del Renacimiento, se volcó contra los abusos del dogma y del soberano, propios del orden feudal, y culminó en la Ilustración o Iluminismo que pugna por un nuevo régimen inspirado en los dictados de la razón y en los derechos del hombre. En el ámbito penal la figura de César Beccaria se yergue majestuosa e inaugura el humanitarismo proyectado años más tarde por la Revolución Francesa de 1789 a todo el mundo occidental. En consecuencia, la penalidad se transforma, se aleja poco a poco del suplicio y se privilegia la pena analógica que implicaba la especificidad y variedad de medidas; empero, paradójicamente, la prisión adquiere un rango superior y en poco tiempo se generaliza su uso.

NOTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO II

1. Cf. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, 9a. ed., México, D.F., Editora Nacional, 1975, pp. 54-61; Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, 10a. ed., México, D.R., Editorial Porrúa, S.A., 1974, pp. 51-63.
2. Un ejemplo contrastante, por varias razones, en tratándose de la evolución de la penalidad, es el de los Emiratos, Sultanatos o Jecatos árabes del extremo sur del Golfo Pérsico (Bahrein, Qatar, Mascate y Omán, Abu Dhabi, Dubai, Sharjah, Ajmán, Umm Al Quiwan, Ras Al Khaissna, Fujeira), que iniciaron la década de los 80^g todavía viviendo en la Edad Media, en pleno feudalismo, donde los jeque son dueños y señores de tierras y gentes y en cuya penalidad predominan las sanciones corporales, por ejemplo: el primer robo se castiga con amputación de la mano derecha, el segundo con amputación de la mano izquierda y el tercero con la decapitación; el adulterio con muerte por lapidación, etc. Por otro lado subsiste el rescate de sangre, por una determinada cantidad que según el caso fija el sultán, por ejemplo: dos camellos enjaezados, por una mujer adúltera; cuatro por un adúltero, etc.

No obstante que los Emiratos referidos integran una de las zonas más ricas del mundo, pues el ingreso anual per cápita es de alrededor de quince mil dólares, muchos niños se mueren de hambre y el índice de analfabetismo es de aproximadamente el 90 por ciento. En el año de 1985 en Abu Dhabi, por ejemplo, las compañías petroleras británicas pagaron al jeque regalías por poco más de medio millón de dólares al día, pero aún conservan la costumbre de uso del velo en las mujeres púberes y hacen florecer nutridos harenas.

3. Al estado denominado "pérdida de la paz", parece referirse el primer homicida -Cain- cuando se inconforma por el castigo que le fue impuesto. Se lee en Génesis 4:14: "He aquí me echas hoy de la tierra, y de tu

presencia me esconderé, y seré errante y extranjero en la tierra; y sucederá que cualquiera que me hallare me matará".

4. Eugenio Cuello Calón destaca la presencia de tal práctica penal (pérdida de la paz) en las comunidades escandinavas. Op. cit., pp. 66-67.
5. Federico Lara Peinado (trad. intr. y coment.), Código de Hammurabí, Madrid, España, Editora Nacional, 1982, pp. 114, 115 y 118; Guillermo Florís Margadant, Introducción a la historia universal del derecho, t.1, Xalapa, Ver., Fac de Derecho, Universidad Veracruzana, 1974, pp. 38-45.
6. J.M. Smith, The origen and history of Hebrew Law, U.S.A. University of Chicago Press, 1931.
 La ley hebrea, tal como se refleja en el Antiguo Testamento, ha tenido una tremenda influencia sobre la civilización occidental. Los descubrimientos arqueológicos del presente siglo nos revelan que el Derecho Hebreo tenía un alto grado de excelencia; si tomamos en cuenta, además, sus leyes sobre justicia social, honestidad y cuidado del pobre, y si se le compara con el derecho de los asirios, babilonios e hititas, pueblos contemporáneos y vecinos al antiguo Israel. A la luz de ahora, conforme a otros estándares y valores, podrá juzgársele excesivamente duro y cruel por la severidad de los castigos, pero no sería así si se tratase de entender aquella época -su momento histórico y sus demás circunstancias- así como a sus destinatarios, definidos frecuentemente como gente de "dura cerviz", presta para incurrir en conductas socialmente dañosas y lenta para conducirse conforme a la ley; pero sobre todo debiera tomarse en cuenta el propósito con que la ley fue dada; y hay que recordar que Moisés fundó propiamente la nación hebrea, de un pueblo ya heterogéneo, tras cuatrocientos años de esclavitud e influencia egipcia, moralmente débil y significativamente minado en sus vínculos sociológicos; que había que ponerlo junto de nuevo, no sólo físicamente sino también orgánica y sociológicamente. Creemos que su éxito es indiscutible, a pesar de las inapropiadas interpretaciones de la ley, luego de más de tres mil años de iniciada su tarea y tras singulares vicisitudes.

7. El principio de justicia; a semejanza, en proporción u "ojo por ojo, diente por diente", forma parte principal de la doctrina cristiana; así lo confirmamos en Mateo 7:2 ("con la medida con que midas os será medido"), Gálatas 6:7 ("Todo lo que el hombre sembrare, eso también segará") Y no implica mayor variación, sobre el particular, respecto a la ley de Moisés: "No te vengarás, ni guardarás rencor a los hijos de tu pueblo, sino amarás a tu prójimo como a tí mismo" (Levítico 19:18). El deber de los seguidores de Jehová fue y es de amar, dejando la justicia o retribución en manos de su legislador y de los jueces nombrados para el efecto (véase Deut. 32:35, Sal. 94:1 y Lev. 24:22, en relación con Luc. 10:27-37).
8. Sidney B. Sperry, The spirit of The Old Testament, 2nd. ed., Salt Lake City, Utah, USA., Deseret Book Company, 1980, pp. 220-222.
9. Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 7a. ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1977, pp. 19, 31 - 32.
10. Ibid. p. 32.
11. Mario de la Cueva, La idea del Estado, México, D.F., UNAM, 1975, pp. 46-48.
12. Javier Piña y Palacios, "La Cárcel Perpetua de la Inquisición y la Real Cárcel de Corte de la Nueva España", Criminalia, Nos. 11-12, México, 1973, pp. 428-472.
13. Luis Jiménez de Asúa, loc. cit.
14. Thorsten Eriksson, The reformers: An historical survey of pioner experiments in the treatment of criminals; New York, ELSEVIER, 1976, p. 1.
15. Richard R. Korn y Lloyd W. Mc. Corkle, Criminology and Penology, New York, Henry Holt, 1959, pp. 395-396.
16. Damiens intentó asesinar al rey Luis XV de Francia, en 1757, logrando sóloamente inferirle un leve rasguño. Sin embargo, por ello fue juzgado y condenado como parricida a padecer uno de los más crueles suplicios que registra la historia penal del Francia.

17. Michel Foucault, Vigilar y castigar, 6a. ed., México, siglo veintiuno editores, 1981, pp. 11-13.
18. Alice Morse Earle, en Curious punishments of byzon days, U.S.A., Charles E. Tuttle Co., 1972, p. 138, dice que: "En estos métodos bárbaros de degradar a los delincuentes, los colonos en América copiaron las leyes de la tierra madre. Nuestros ancestros no eran escrupulosos. La vista de un hombre con las orejas o la nariz mutiladas, o con marcas de hierro candente o grandes cuchilladas en su frente o mejilla, no podía afectar los robustos estómagos que dispuesta y animosamente se congregaban en torno al sangriento poste de flagelación y a la horca".
19. Javier Piña y Palacios, op. cit. pp. 446-447, reproduce el relato del inglés M. Seulloch, de una ejecución pública que le tocó presenciar en la Ciudad de México, por robo y sacrilegio, todavía en 1823.
20. Raúl Garrancá y Trujillo, La organización social de los antiguos mexicanos, México, Editorial Botas, 1966, pp. 19-25; 46-58. Da testimonio de la severidad de las penas en el México precolombino, donde se aplicó la pena de muerte en muy variadas formas: desollamiento, descuartizamiento, lapidación, golpes de porra en la cabeza, agarrotamiento, incineración, degüello, empalamiento, etc. Sin embargo, se aplicaron también penas más leves como reparación pecuniaria, pérdida de derechos, prisión en cárcel especial, destierro, confiscación, esclavitud, etc.
21. No es tanto la paternidad de las ideas lo que exalta la figura del Marqués de Beccaria; lo que además sería doblemente discutible: por la influencia de los Verri y porque éstas ya se ventilaban en otras latitudes. Es la forma en que dichas ideas fueron expuestas - como pública denuncia y crítica al orden establecido - en un mundo en que tal osadía solía pagarse en la hoguera o en la horca.
22. Cf. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, trad., pról. y epíl. de Constanancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Edit. Cajica, 1957.
23. Beccaria privilegia la tesis rousseauiana que postula

el origen contractualista de la sociedad, así como otras varias ideas del filósofo ginebrino; aunque difiere en aspectos fundamentales, por ejemplo: en cuanto al grado de enajenación de la libertad de los individuos al adherirse al contrato social; la influencia de la sociedad en el hombre; la pena de muerte, etc. Cf. Juan Jacobo Rousseau. El contrato social, con estudio preliminar de Daniel Moreno, México, Edit. Porrúa, S.A., 1969 y César Beccaria, op. cit., passim.

24. Constancio Bernaldo de Quirós afirma que Beccaria no es abolicionista de la pena de muerte sino "minimalista". Sin embargo, consideramos de interés hacer notar que el análisis de su libro no nos permitió llegar a igual conclusión. A nuestro entender, en la réplica a la acusación de sedición que el monje Pachinei hiciera a Beccaria, elaborada (la réplica) como sabemos por Pedro Verri, se da una respuesta ambigua a la cuestión; lo que nos parece más bien motivado por los peligros que tal acusación implicaban para Beccaria que en su real convicción, ya que en su opúsculo encontramos su posición abolicionista sólidamente argumentada. Cf. "César Beccaria y su libro" pp. 51-57; y "Si volviera Beccaria..." pp. 304-305, prólogo y epílogo respectivamente, en César Beccaria, op. cit.
25. Resulta digna de mención la maestría con que Beccaria desarrolla el tema del tormento. Ibid. pp. 126-139.
26. Ibid. p. 268.
27. Los principales artículos de contenido penal en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" son los siguientes: V. la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad; VI. igualdad de la ley tanto para proteger como para castigar; VII. acusación, detención o aprisionamiento sujeta a la ley; VIII. establecimiento de penas estrictas y evidentemente necesarias, y prohibición de castigar si no es en virtud de una ley anterior al delito y legalmente aplicada; IX. presunción de inocencia hasta que se emita juicio de culpabilidad, y dulcificación de la detención asegurativa; y XII. institución de la fuerza pública en provecho de todos.
28. César Beccaria, op. cit., pp. 181-182; apartado XV, XVI, XIX, XXIII, etc.

29. Citado por Michel Poucault en op. cit., p. 21.

30. Ibid., pp. 108-136; 259.

CAPITULO III

LAS ESCUELAS Y LA PENALIDAD

3.1. Introducción

En el capítulo precedente se trazó, a vuela pluma, la evolución de la penalidad hasta el siglo XVIII, para lo cual se siguió el paradigma clásico de las etapas o periodos del derecho penal, sin que se hayan delineado los rasgos característicos del período conocido como científico, oportunidad que se tendrá al desarrollar el tema de la Escuela Positiva y de los sucesivos enfoques de la penalidad. Fue Enrique Ferri quien, al incursionar en la sistemática, hizo la clasificación de las ideas jurídico-penales hasta su época, en lo que el llamó básicamente Escuela Clásica y Escuela Positiva; la presentación sucinta de ambas escuelas será el contenido del presente capítulo, que se complementará con algunos señalamientos en torno a los efectos que las dos tendencias dejaron en el ámbito de las ideas punitivas, y de las prácticas penales que resultaron luego de sus valiosas aportaciones.

3.2. Escuela Clásica

La Escuela Clásica no existió como tal. Fue Ferri, en su esfuerzo sistematizador, quien así denominó al cuerpo de conocimientos jurídico penales que, partiendo del Marqués de Beccaria, antecedieron a lo que el propio Ferri llamó Escuela Positiva. De tal suerte que se llamó clásico (1) a todo lo anterior al surgimiento del positivismo lombrosiano, más que en atención a los puntos convergentes de las diferentes corrientes post-beccarianas -no pocas veces contrapuestas en algunos de sus postulados- por contraste con las teorías penales, los principios filosóficos fundamentales y el método de estudio del positivismo. Así, Ferri estableció tres mayores divergencias entre las referidas concepciones (2), según se muestra en la tabla 1.

TABLA 1

LAS DOS GRANDES ESCUELAS PENALES
PUNTOS DE CONTRASTE DESTACADOS
POR E. FERRI

ESCUELA CLASICA	ESCUELA POSITIVA
1. Que el hombre está dotado de libre albedrío o libertad moral.	1. Que la psicología positiva ha demostrado que el libre albedrío es una pura ilusión subjetiva.
2. Que los delincuentes tienen las mismas ideas y sentimientos que los de más hombres.	2. Que la antropología criminal demuestra con hechos que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial que, por anomalías orgánicas o físicas, representa en parte en la sociedad moderna, las primeras razas salvajes en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen es en embrión.
3. Que el efecto principal de las penas es impedir el aumento de los delitos.	3. Que la Estadística prueba que el aumento o disminución de los delitos, en gran parte, proviene de otras causas, que no son las penas sancionadas por los códigos y aplicadas por los magistrados.

El derecho penal liberal, constitutivo de la Escuela Clásica, aunque nació en Italia con Beccaria, lo que se explica por el desarrollo comercial, cultural y político que habían alcanzado las ciudades italianas; condición propiciada en parte por la tradición del Imperio Romano, (3) y por los efectos del humanismo y del Renacimiento, que tuvieron por cuna a Italia (4); fue en Alemania donde maduró primero bajo los auspicios de Mittermaier, Birkmeyer y sobre todo del mayor de los penalistas clásicos germanos, Anselmo von Feuerbach, autor de la máxima: "nullum crimen, nulla poena

sine lege", piedra angular del derecho penal nuevo, quien ya en 1801 había publicado su célebre tratado. En Italia, Antonio Rosmini, Giovanni Carmignani (1768-1847) y Pellegrino Rossi (1787-1848) ocuparon lugares destacados, pero fue el profesor de Pisa, Francisco Carrara (1805-1888), quien se constituyó en el clásico por antonomasia al publicar en 1859, cincuenta años después que Feuerbach, su Programa di diritto criminale. En Francia, Ortolán y Tissot fueron dignos representantes del nuevo derecho, y en Inglaterra, Jeremías Bentham (1748-1832) brilló de tal manera que con su teoría utilitarista es considerado el filósofo del clasicismo.

Los postulados que han sido generalmente atribuidos a la Escuela Clásica se mencionan en seguida, acompañados de breves comentarios.

a. Método deductivo, también llamado lógico abstracto, silogístico o especulativo: para elaborar el derecho penal debe partirse de principios generales, aceptados a priori, de donde se han de sacar las consecuencias lógicas para arribar al conocimiento del derecho y del delito.

b. Base filosófica. La base filosófica de la Escuela Clásica está en el derecho natural, por lo general racionalista, que inspiró tanto a los declaracionistas de derechos, en la Inglaterra de 1689, como a los independentistas de las colonias americanas (5), del 4 de Julio de 1776, y a los redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Francia de 1789 (6).

c. Delito. El foco central de estudio de los juristas clásicos es el delito, como ente abstracto, como infracción, como ente jurídico, como hecho objetivo.

ch. Libre albedrío/responsabilidad moral. La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables: el sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre. De esta manera quedan excluidos del campo del derecho penal los inimputables (niños y enajenados mentales).

d. Proporcionalidad de la pena. La medida de la pena estará determinada por el daño que se ocasione con el delito.

e. "Jus puniendi". El derecho de castigar pertenece exclusivamente al Estado a título de tutela jurídica; en el ejercicio de éste, aquél deberá respetar los derechos del hombre, tanto al ejecutar el castigo como en el proceso para determinarlo. Así, el derecho penal es garantía de libertad, ya que garantiza la seguridad jurídica frente a la autoridad.

f. Principio de legalidad. Postula un irrestricto respeto al enunciado: "nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege et nulla poena sine crimen".

g. Penas ciertas y determinadas. La pena debe señalarse en forma fija por la ley penal, de allí que se invoque la restricción del arbitrio judicial y se reserve para el juez únicamente la facultad de aplicar automáticamente la pena prescrita por la ley para cada delito.

h. La pena. La pena es retribución, es el mal que se da al delincuente por el mal que éste ocasionó a la sociedad; su fundamento pues es la justicia -dar a cada quien la pena a que se ha hecho acreedor por su conducta bajo el supuesto del libre albedrío, que hace al hombre moralmente responsable de sus acciones. La finalidad de la pena es restablecer el orden social externo que ha sido alterado, violado, por el delincuente; el delito ofende a la sociedad, crea un estado de inseguridad y para regresar las cosas a su cauce se impone la pena. Por otro lado, la pena se prescribe y actualiza para prevenir la delincuencia.

En palabras de Ferri: "La Escuela Clásica... inicia su vida como tal a partir de Beccaria. Tenía un fin práctico, la disminución de las penas y la abolición de muchas de ellas, como noble y generosa reacción contra el empirismo feroz de la Edad Media" (7). Además, "se preocupó solamente y con razón de la lenidad de las penas frente a las generaciones de la edad media, y no ha podido, porque toda época tiene su misión, ocuparse más detenidamente de otro ramo mucho más eficaz y útil, la prevención de los delitos" (8). Acerto, este último, que debe tomarse con las debidas reservas ya que la preocupación por la prevención indirecta, que es a la que Ferri se refiere, llevó al propio Beccaria a destinarle un apartado de su obra (9) donde afirma que "es mejor prevenir los delitos que perarlos" y hace interesantes reflexiones y recomendaciones sobre el particular; por otro lado, el mismo interés no está ausente en

las obras de otros clásicos como Romagnosi, Carmignani y los mismos Francisco Carrara y Jeremías Bentham (10).

Visto con la perspectiva histórica que ahora se facilita, no es difícil entender el por qué de los postulados clásicos: la realidad que en aquel momento representaba el derecho penal, la orientación iluminista de la época y la conmoción de las instituciones políticas y sociales que se veía venir como consecuencia, llevó a los juristas y filósofos de entonces a buscar una humanización del derecho mediante el respeto a la ley (racionalidad y equidad), el reconocimiento de las garantías individuales y la limitación al poder absoluto del Estado (11).

Como lo afirma Cuello Calón: "la escuela clásica ha tenido una influencia enorme sobre la elaboración científica del derecho penal, ella lo organizó y sistematizó de modo perfecto y acabado elevándolo a la más alta dignidad científica" (12). Este mismo influjo se materializó en la legislación del siglo XIX (13), y se proyectó aun en los códigos del presente siglo. Sin embargo, ha de advertirse que cuando se hace referencia al período científico de la penalidad, se alude a la irrupción y desarrollo de las ciencias penales (criminología, criminalística, derecho penal sustantivo y adjetivo, derecho penitenciario, estadística, medicina y psiquiatría forenses), inauguradas propiamente por la Escuela Positiva, que será materia del siguiente apartado.

3.3. Escuela Positiva

La Escuela Positiva sí tuvo una existencia real; a su cabeza se colocó al médico judío-italiano, Ezequías Marco César Lombroso (1835-1909), quien publicara en la primavera de 1876, su Tratado experimental del hombre delincuente, lo que le ha valido que le atribuyan la paternidad tanto de la Escuela Positiva como de la criminología (14) con su orientación antropológica. Tres eventos influyeron significativamente para la explicación que Lombroso diera sobre la etiología del delito:

a. Locura moral. Al estudiar las diferencias anatómicas entre locos y delincuentes encontró un mar de similitudes, con lo que consideró comprobado el ingrediente delin cuencial ya referido por Pitchard (1786-1848) como "moral insanity", así como por Despine y Maudsley, y "aún antes por Albercromby en su Tratado sobre el espíritu, en que ha-

bla de "manía moral", para la que 'todos los sentimientos rectos están abolidos en tanto que la inteligencia no presenta ningún desorden' " (15).

b. Atavismo. Al realizar la autopsia del bandido Vilella (1870), encontró en su cráneo múltiples anomalías atávicas, entre las que destacaba una enorme foseta occipital media y una hipertrofia del vermis; de donde dedujo que el hombre delincuente reproduce al hombre primitivo.

c. Epilepsia. En 1884 estudió el caso del soldado Salvador Misdea, que en un raptó epiléptico dio muerte a varias personas, y desde entonces agrega las causas epilépticas a su explicación de la delincuencia.

Esta pluralidad de causas es sintetizada por Paul Nêke en lo que llama "trípode lombrosiano": atavismo, epilepsia y locura moral; lo que lo llevó a definir al criminal nato como "idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicado por atavismo, y con un tipo somático y psíquico especial". Lombroso continuó desarrollando su clasificación de los delinquentes que finalmente concluyó en seis "tipos" criminales principales: nato, loco moral, epiléptico, loco, ocasional y pasional, con sus respectivas explicaciones causales.

En 1879 se unieron a Lombroso dos personajes claves para el positivismo, el joven jurista Enrique Ferri (1856 - 1929), con vocación sociológica y política; y el experimentado profesor y magistrado Rafael Garófalo (1851-1934). Este representó la tendencia jurídica en la naciente escuela; entre sus aportaciones al positivismo destacan los estudios sobre la prevención especial y sus conceptos de peligrosidad, adaptación y delito natural, así como el haber colocado a la peligrosidad del delincuente como criterio y medida de la represión penal. Como magistrado se preocupó por la aplicación práctica de los conocimientos nuevos (teoría criminológica), tanto en el aspecto legislativo como en el judicial; así, hace el primer esquema de las penas de acuerdo a la clasificación de delinquentes y no conforme al delito cometido como era la práctica clásica. Enrique Ferri, por su parte, sobresale entre otras cosas por sus estudios sobre la responsabilidad social, su clasificación de delinquentes (nato, loco, habitual, ocasional y pasional), la ley de saturación criminal, los sustitutivos penales, los factores criminógenos y su concepción de la naturaleza del

delito (16). La nueva escuela difundió sus ideas a través de la revista Archivo de Psiquiatría, Antropología Criminal y Ciencia Penal, más tarde Ferri fundó La Scuola Positiva, publicación con más clara orientación jurídico penal.

Para el propio Lombroso, la Escuela Positiva es "una tendencia que se propone elevar el derecho penal del silo - gismo apriorístico jurídico a la amplitud fecunda de una ciencia social" (17). Para Ferri, "la Escuela Positiva consiste en lo siguiente: estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios que por consiguiente serán más eficaces" (18). Así, "Lo más importante de la Escuela Positiva es la dirección que ha dado al estudio del fenómeno criminal" (19).

A continuación se comentan las características, direcciones o postulados de la Escuela Positiva, que con frecuencia se citan como fundamentales de esa corriente de pensamiento.

a. Método inductivo o experimental. Se parte de la observación de datos particulares, para luego arribar a proposiciones generales, de modo que se rechaza lo "a priori" y se acepta únicamente como verdadero lo "a posteriori"; es to es, lo obtenido a base de observación y experimentación.

b. Base filosófica y científica. Esta se localiza en el positivismo de Comte y en el evolucionismo naturalista de Carlos Darwin y de Spencér. Con Ferri llega a encontrar su fundamento político social en la doctrina socialista.

c. Delincuente. El criminal es el objeto principal de estudio y lo conceptúa como un anormal desde el punto de vista biológico y psíquico. Así, busca en él las causas de la conducta desviada, para luego construir las teorías jurídicas sobre el delito.

ch. Determinismo/responsabilidad social. Postula que el libre albedrío no existe y que son las circunstancias físicas, psíquicas y sociales las que llevan al hombre a delinquir o a observar una vida socialmente aceptada. Esta posición muy firme en Ferri, se ve matizada en Garófalo y atenuada en los neopositivistas. Derivado del determinismo y de la temibilidad, sostiene que el hombre es responsable penal

mente por el solo hecho de vivir en sociedad y lo será mien tras viva en ella; por ello, si el sujeto está "determinado" a delinquir, la sociedad debe defenderse. Surge así la defensa social como finalidad de la función penal y la responsabilidad social se constituye en el fundamento de la reacción (pena o medida de seguridad).

d. Proporcionalidad de la pena. Independientemente del delito cometido, lo que importa es la peligrosidad del sujeto, y en atención a ella se le debe sancionar. De manera que a mayor peligrosidad mayor medida, a menor peligrosidad menor sanción.

e. "Jus puniendi". El derecho de castigar pertenece al Estado a título de defensa social.

f. Principio de legalidad. Algunos positivistas negaron el principio de legalidad, especialmente en su aspecto de "nulla poena sine crimine", al proponer medidas de seguridad sin delito.

g. Sanciones indeterminadas. La sanción debe durar tanto como la peligrosidad del infractor.

h. La pena. La pena es un medio de defensa social y de reeducación del delincuente. Se enfatiza así el contenido de tratamiento de la pena para educar y readaptar al infractor de la ley penal. La finalidad de la pena es, por lo tanto, combatir la criminalidad, considerada como fenómeno social, mediante la reeducación de los infractores readaptables y la segregación de los incorregibles.

Para Ferri, la razón histórica de la nueva escuela por él sistematizada, fue la "necesidad de poner un límite a las exageraciones del individualismo en favor de los delincuentes, para obtener mayor respeto a los derechos de los honrados. La conciencia universal de que se ponga fin a exagerados sentimentalismos en favor de los malhechores, cuando se olvidan la miseria y los dolores de tantos millones de pobres honrados. La escuela positiva busca un equilibrio entre individuo y sociedad, entre derechos individuales y derechos sociales" (20).

3.4. Balance de la lucha de escuelas

Es oportuno mencionar, que no obstante que originalmente

se establecieron posiciones de contraste entre las escuelas; una vez que han pasado los desbordamientos eufóricos y se han alcanzado niveles de mayor madurez, las posiciones abso-
lutistas se han relativizado y se han buscado puntos de con-
tacto y de complementariedad en ambos enfoques; se tiende a admitir entonces que nadie es dueño de toda la verdad y que las diferentes teorías o alcances pueden ser útiles para llegar a ella. Después de todo, recuérdese que la generación espontánea no se da en el ámbito del conocimiento: la pre-
vención especial, la concepción de la pena como defensa social y de su especie y cuantía en función del impulso crimi-
nógeno ("epinta criminosa"), así como el privilegiar el uso de medidas preventivas sobre las punitivas y poner en duda la concepción absoluta del libre albedrío, las encontramos ya, aunque parcialmente, entre connotados clásicos como Beccaria, Romagnosi, Feuerbach y Bentham; y aún mucho antes con Protágoras de Abdera (485-415 a.C.); Sócrates (470-399 a.C.); Platón (427-347 a.C.); Aristóteles (348-322 a.C.); San Agustín (354-430); Santo Tomás (1225-1274); Tomás Moro (1478-1535), etc.

Tal vez sea que la diferencia más importante entre las escuelas, la relativa al libre albedrío y al determinismo, surja principalmente de un avieso enfoque que condujo a desafortunadas interpretaciones: el encontrar explicaciones al fenómeno social de la delincuencia a través de factores antropológicos, físicos y sociales (clasificación ferriana), no significa probar la no existencia del libre albedrío, si no únicamente evidenciar que hay factores que explican al delito; de la misma manera, reconocer en el delincuente "normal" a un ser humano con voluntad libre, no quiere decir que esté exento de presiones o de fuerzas externas e in-
ternas que tienden a esclavizarlo o a liberarlo. Por el con-
trario, se reconocen éstas como condición sine qua non para que se actualice el libre albedrío. No podría existir éste sin la conjugación de fuerzas contrarias, si no existiera oposición en el querer del hombre, si no existiera posibilidad de opción, en tal caso sí se estaría ante la fatalidad, ante un determinismo absoluto; de modo que no hay tal cosa como libertad sin opción o libre albedrío exento de obstáculos. Decir que no hay libre albedrío porque se identifican las fuerzas que lo constriñen es como negar que existe la luz porque es de noche o que existe la sal porque se está en presencia de lo insípido.

Más bien podría decirse que lo hecho por el positi -

vismo jurídico, al impulsar el estudio del delincuente y de las causas que lo convierten en tal, fue ahondar en el análisis del libre albedrío, urgar en el fondo del mismo, ir a sus elementos constitutivos, y proporcionar nuevas luces para su entendimiento y confirmación, por un lado; y por el otro, gracias a su destacado interés por el hombre, contribuyó al perfeccionamiento de la justicia al incorporarle o matizar en ella ese ingrediente aristotélico que equivale a la equidad, logrado mediante la individualización del justiciable. Ayudó así a flexibilizar al derecho penal, toda vez que poco a poco las ficciones jurídicas que lo caracterizaron han ido cediendo terreno en favor de la equidad; como ejemplos basta citar la autoridad de cosa juzgada ("reo iudicate pro veritate habetur") y el llamado principio de igualdad y generalidad del derecho que advierte, que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento ("nemo jus ignorare consetur, ignoratia legis neminem excusat"). Por lo demás, es entendible y además muy deseable que los conocimientos sobre la etiología del delito se tomen en cuenta y se proyecten hacia las instituciones penales sustantivas, procesales y ejecutivas, pero sobre todo en la fase más importante del control social: la prevención de conductas antisociales.

Puede decirse entonces, que a pesar de las diferencias entre las escuelas clásica y positiva, tenidas como irreconciliables, a veces por interpretaciones equivocadas y otras por el interés de sus críticos más que por verdaderas contradicciones, ambas corrientes de pensamiento son principalmente períodos sucesivos de elaboración de las ideas penales, con aportaciones muy valiosas para las ciencias penales, entre las que destacan además de lo ya mencionado: la humanización de las penas, la separación entre delito y pecado, la limitación al poder absoluto del Estado y de la Iglesia, manifestado entre otras cosas en la forma y modo de penar; la tendencia individualizadora de las penas y medidas de seguridad, la condena condicional, etc. Por esto mismo se antoja acertado atribuir la primera revolución de las ciencias penales a los clásicos, que crearon el liberalismo penal, y la segunda a los positivistas que crearon las concepciones criminológicas (21); cuyo epitome hace de manera elocuente el holandés Van Hammel, al decir de los dos céesares - Beccaria y Lombroso - : "El primero, en sus días, cuando todo era arbitrario, dice al hombre: conoce a la justicia. El segundo, en su tiempo, cuando triunfa la rigidez, el convencionalismo, las fórmulas jurídicas clásicas, dice

a la justicia: conoce al hombre" (22).

Son varias las tendencias jurídico penales que pueden mencionarse con posterioridad a las dos escuelas principales. Jiménez de Asúa habla de la teoría correccionalista, encabezada por Carlos David Augusto Roeder; de la "terza scuola", con Carnevale y Alimena como sus más conspicuos representantes; de las doctrinas de Franz von Liszt, de las escuelas técnico-jurídica y dogmático-jurídica, entre otras (23); mientras que Cuello Calón se limita a la "terza scuola" a la escuela sociológica y a la dirección técnico-jurídica (24); más modernamente se agrega la Defensa Social fundada por Filippo Gramatica y Marc Ancel (25). En buena medida, todas ellas elaboran sobre lo ya señalado como características de las escuelas clásica y positiva, aceptando o rechazando algunos aspectos o bien, asumiendo posiciones conciliatorias entre las escuelas madres, por así llamarlas.

3.5. Penalidad resultante

Con la reforma iniciada por Beccaria se ataca la justicia tradicional plagada de irregularidades: privilegios en función de la cuna y de la renta, arbitrariedades de la acusación, de los jueces, de la nobleza y del propio rey, a tal grado que llegaban a identificarse el derecho de castigar con el poder personal del soberano. Ciertamente que el ánimo de castigar con la pena se mantiene, pero también se busca prevenir la criminalidad, con énfasis en la prevención general, sin olvidar la dimensión reeducadora, transformadora, reformadora de la pena, en tanto cumpliera su característica analógica. Poco a poco se logró una legislación exhaustiva y explícita que definió los delitos, fijó con moderación y precisión las penas, suprimió los suplicios, disminuyó la arbitrariedad y reservó la pena de muerte para contados casos. Por otro lado, también gradualmente se desarrolló un poder judicial autónomo, libre de las interferencias del legislativo y del soberano.

Naturalmente que la transformación de la penalidad fue gradual y a un ritmo diferente en cada Estado (26): con mayor rapidez en Austria, Rusia, Estados Unidos y Francia, aunque con sus retrocesos durante la contrarrevolución y otros momentos de excepción; el tormento fue lo primero que se suprimió, la marca fue abolida en Francia en 1832 y en Inglaterra hasta 1834; la picota en 1789 y 1837

en Francia e Inglaterra, respectivamente; los trabajos públicos se suprimieron casi en todas partes a partir del siglo XVIII o en la primera mitad del siglo XIX; el espectáculo de la cadena de forzados fue sustituido en Francia por el coche celular en 1837; la retractación pública fue abolida en Francia en 1791 y, luego de un retroceso, nuevamente en 1830; la exposición subsistió en Francia hasta 1848; el látigo sobrevivió en Rusia, Inglaterra y Prusia, al segundo congreso penitenciario realizado en 1847, y la pena de azotes subsistió en Inglaterra hasta 1948 (Criminal Justice Act del 30 de julio de 1948). No obstante la irregularidad del proceso, puede decirse que lo esencial del cambio se había conseguido ya alrededor de 1840.

Se ha mencionado supra que la penalidad imaginada por los reformadores que inauguraron el período humanitario distaba mucho de ser uniforme, general o monótona; por lo contrario, el reclamo era de especificidad y variedad, congruente con la analogía entre delito y castigo (27). Esto explica que en los primeros proyectos legislativos no se introdujera a la prisión como forma general de castigo, dada su incompatibilidad con la teoría prevalente. Así, no sorprende la reacción de disgusto y desaprobación del diputado Chabroud ante el proyecto presentado por Le Peletier en 1791, a la Asamblea francesa, en que sugería como sanciones principales el calabozo, la gêne y la prisión, que no eran otra cosa que especies de encarceldamiento. Tal inconformidad se explica además porque la prisión, como simple privación de libertad, apenas tenía una posición marginal y restringida en el sistema penal prevaleciente. Sin embargo, la prisión cambia de estatuto jurídico y se convierte en medida "ad continendos et ad puniendos homines"; así se revela ya en las reformas de Catalina la Grande, de Rusia; en las de José II, de Austria, y en el nuevo código toscano. Igualmente sucedió en el estatuto de Pensilvania de 1786 y en los códigos franceses de 1791, 1808 y 1810; aunque fue en este último, el más trascendente para el mundo occidental, en que el encarceldamiento vino a cubrir el espacio entre la pena de muerte y las penas ligeras. Esta es la penalidad que resulta como consecuencia de la reforma liberal y humanitaria que adjudicó el derecho de castigar a la sociedad entera con una concepción preventiva, utilitaria y correctiva (28).

Al advenimiento del positivismo -que centra su estu

dio en el individuo delincuente como un objeto de ciencia, que elabora sus teorías sobre el supuesto de responsabilidad social, que enfatiza la prevención especial y la finalidad correctiva de la pena y que aboga por la indeterminación e individualización de la sanción penal- se reafirma el uso del encarcelamiento: en su fase preventiva ("ad contenidos"), porque en el transcurso del procedimiento facilita la actuación del equipo criminológico que vendrá a ilustrar la decisión del juez que impondrá la pena o la medida de seguridad; y en su fase propiamente penal ("ad punitivos"), porque provee un laboratorio ideal para la "dissección" del delincuente, que arrojará mayor luz para el tratamiento penitenciario con miras a obtener la rehabilitación del reo. Así, Enrique Ferri abogó por una reforma penitenciaria en la que imperen la competencia científica del juez, la sentencia indeterminada y la especialización de los establecimientos de reclusión en razón de su tipología criminal: manicomios criminales para los "locos" (los reputados delincuentes, los que no han delinquido pero son peligrosos y los que "enloquezcan" en las prisiones, así como los recluidos en manicomios que cometan delitos); establecimientos para incorregibles (delincuentes natos incorregibles y habituales), para quienes también recomienda trabajo peligroso e insalubre; organización penitenciaria en dos fases -preventiva y represiva- para los delincuentes de ocasión, fueran menores o adultos; mientras que para el delincuente pasional debería ser suficiente la reparación de daños y perjuicios y a lo sumo el "manicomio" civil. De tal suerte que Ferri busca la individualización de las sanciones, o como él lo dice "a la diversidad de males oponer la diversidad de remedios", casi exclusivamente mediante la aplicación de la reclusión en diferentes maneras (29)(30).

3.6. Conclusión

3.6.1. En el surgimiento, relevo y síntesis de las ideas penales, se comprueba que "todo principio que se eleva hasta sus últimas consecuencias acaba por convertirse en su contrario" (31). Así pasó con la venganza pública que pretendió proteger a los delincuentes de los excesos del vengador, pero incurrió en violencias aún mayores; luego el humanitarismo, constitutivo de la Escuela Clásica, que reaccionó contra la arbitrariedad y la severidad penales, pero cayó en exageraciones individualistas rayanas en la injusticia social; más tarde, su supuesta cura, el posi

tivismo jurídico, no estuvo exento de exorbitancias atentatorias contra el individuo y la sociedad. Parece ser entonces que se debe poner mayor atención a las síntesis y buscar en una y otra posición los aspectos positivos; en este orden de ideas, podría asumirse que las posiciones más encontradas entre las escuelas clásica y positiva, las relativas al libre albedrío y al determinismo, partieron de un mal enfoque, como se hace notar supra en el aparte 3.4. "Balance de la lucha de escuelas" y que acaso ambas, haciendo a un lado los radicalismos, elucidaron con sus aportaciones el fenómeno de la criminalidad y la manera de prevenirla y combatirla. Sobre estas bases construyeron las modernas orientaciones como la Defensa Social.

3.6.2. A la sazón favorecida por el derecho penal liberal y humanitario, a finales del siglo XVIII la prisión amplió su estatuto jurídico: de medida "ad continendos" que era primordialmente, se generalizó como providencia "ad puniendos homines"; tal vez principalmente por la urgencia de sustituir las penas atroces y no contar con mejor recurso que el encarcelamiento, a la luz de la filosofía penal que la impulsó; más tarde el positivismo la privilegia en definitiva: en su fase preventiva, porque facilita la actuación del equipo criminológico que orientaría la decisión del magistrado, y en su fase compurgatoria, porque provee un "laboratorio" excepcional para el tratamiento resocializador del delincuente, según se creía.

NCTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO III

1. Con el término clásico, Ferri quiso significar lo común, lo corriente; y no lo notable y digno de imitación, como también podría interpretarse.
2. Enrico Ferri, Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal, 2a. ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887, p. 23.
3. Las vicisitudes del Imperio Romano de Oriente habían arrojado a numerosos eruditos bizantinos a Italia, quienes ayudaron en el estudio de los griegos clásicos. Miguel Crisoloras y Basilio Besarión (1403-1472), destacaron entre ellos.
4. Durante el Renacimiento se suceden, además del fervor humanista que retrotrae a los clásicos grecorromanos, los grandes descubrimientos marítimos, la Reforma y la guerra de los campesinos, que finalmente llevan al derribamiento del orden feudal. Esta liberación del pensamiento rinde sus frutos en las diversas manifestaciones culturales; para confirmarlo basta recordar los nombres de algunos de sus principales protagonistas: Leonardo de Vinci, Miguel Angel, Rafael, Rubens, Rembrant, Durero, El Greco, Berruguete, Murillo, Velázquez, Miguel de Cervantes Saavedra, William Shakespeare, Montaigne, Rabelais, Ronsard, Lescot, Calderón de la Barca, Juan Ruiz de Alarcón, Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam, en las artes; Copérnico, Kepler, Galileo, en las ciencias; Cristóbal Colón, Vasco de Gama, en la exploración marítima; Martín Lutero, Juan Calvino, en la religión; etc. Cf. Alberto Malet y J. Isaac, Los tiempos modernos, México, Editora Nacional, 1976.
5. Thomas James Norton, The Constitution of The United States: Its sources and its application, 34 ed., USA, published by Committee for Constitutional Government, Inc., 1974.

6. Cf. Sergio García Ramírez, Los derechos humanos y el derecho penal, México, Secretaría de Educación Pública, Setecientos, 1976, pp. 27 y ss.; Oscar Secco Ellauri y Pedro Daniel Baridón, Historia universal. Época contemporánea, 12a. ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Kapelusz, S.A., 1972, pp. 28-29.
En las páginas citadas se encuentra una traducción del texto original de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
7. Enrico Ferri, op. cit., p. 4.
8. Ibid., p. 254.
9. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, trad., pról. y epíl. Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Edit, J.M. Cajica, 1957, pp. 256-268.
10. Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, t.1, 9a. ed., México, Editora Nacional, 1975, pp. 40-47.
11. Lamar T. Empey, "Correctional history" en Gary R. Perlstein y Thomas R. Phels, Alternatives to prison community-based corrections, a reader, Pacific Palisades, Cal., Goodyear Publishing Company, Inc., 1975, pp. 124 y ss.
12. Eugenio Cuello Calón, op. cit., p. 47.
13. Aun en Italia, en pleno fervor positivista, se aprobó el Código Zanardelli el 30 de junio de 1899, bajo los lineamientos de la Escuela Clásica, proyecto com batido sin éxito por Lombroso al publicar "Troppo Presto", en 1888, donde pedía además que se aplazara su aprobación. Fue hasta 1930, un año luego de la muerte de Ferri, su impulsor, que se publicó el Código Penal Italiano, Rocco-Mussolini, donde se incluyen ya las aportaciones positivistas. El Código Penal Mexicano de 1871 (Código Martínez de Castro) fue de corte clásico con influencia correccionalista llegada a través de España. El que lo sustituyó, Código Almaraz, de 1929, siguió los postulados positivistas con poca fortuna, ya que estuvo en vigor sólo veinte meses. El actual ordenamiento penal, vigente desde el 13 de agosto de 1931, siguió la "tendencia ecléctica y pragmática o sea práctica y realizable", según pa-

labras del presidente de la comisión redactora, Alfonso Teja Zabre.

14. Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 7a. ed., Argentina, Editorial Sudamericana, 1976, p. 56.
Creemos con este autor que el positivismo jurídico - penal fue creado realmente por Ferri y por Garófalo. Lo que el médico Lombroso creó fue una disciplina causal-explicativa de la criminalidad que él mismo denominó criminología.
15. Alfonso Quiroz Cuarón, Medicina Forense, México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, p. 953.
16. Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, México, Edit. Porrúa, S.A., 1979, pp. 339-345.
17. Gina Lombroso de Ferrero, Vida de Lombroso, México, Edic. Botas, 1940, p.166.
18. Enrico Ferri, op. cit., p. IX.
19. Idem.
20. Ibid., p. X.
21. Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 37-38.
22. Citado por Quiroz Cuarón en op. cit., p. 955.
23. Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 59-67.
24. Eugenio Cuello Calón, op. cit., pp. 50-53.
25. Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., pp. 244-250.
En las páginas citadas el autor consigna una explicación detallada de la Defensa Social.
26. Debe recordarse aquí que la penalidad se ha mantenido muy rigurosa en algunas sociedades, como los casos de exención a que se aludió en la nota 2 del capítulo segundo.
27. Cf. Ultimos párrafos del capítulo segundo, previos al aparte "2.5. Conclusión".

28. Michel Foucault, Vigilar y castigar, 6a. ed., México, siglo veintiuno editores, 1981, pp. 108-136; 259.
29. Enrico Ferri, *op. cit.*, pp. 327 y ss.
30. El positivismo tuvo su momento legislativo más importante en el proyecto de código penal que Ferri preparó para Italia en 1921, el cual se difundió ampliamente en la América Hispánica a donde el propio autor viajó en repetidas ocasiones. Este proyecto llegó a ser el Código Penal Italiano (Rocco-Mussolini) en 1930, luego de un año de muerte de Ferri. Véase además la nota número trece.
31. Erich Kahler, Historia universal del hombre, 4a. ed., México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 403.

CAPITULO IV

LA PRISION

4.1. Introducción

El sólo título de este capítulo sugiere una gran variedad de temas; sin embargo, por diversas razones, muchos quedarán fuera y otros serán tocados sólo tangencialmente. La exposición cubrirá el desarrollo histórico que ha tenido el encarcelamiento, con énfasis en el surgimiento y florecimiento de la prisión represiva y sus sucesivas reformas -humanitaria y científica - apoyadas, respectivamente, en los sistemas celulares y progresivos de tratamiento, que requirieron a su hora estructuras arquitectónicas ad hoc y que han dado lugar a una nueva rama jurídica, la del derecho penitenciario, que modernamente deviene en ejecutivo penal.

4.2. Noticia histórica

Probablemente la edad de las cárceles se remonta al origen de los grupos sociales; pero éstas no han existido siempre como lugares provistos legalmente para castigos. Han sido para detención temporaria de personas en espera de juicio o de ejecución de sentencia; medio para la ejecución de otros castigos como servidumbre penal (galeras, trabajos forzados, minas, etc.); medida de presión para los deudores morosos y para sancionar a los delincuentes políticos. Por otro lado, no debe soslayarse su asociación histórica con actos de arbitrariedad de los gobernantes y ejecutores de leyes, no necesariamente de carácter político.

Dejadas de lado las primitivas formas de privación de la libertad: pozos, ligaduras a un palo, jaulas, cepos, etc., las prisiones se mencionan en los registros históricos de la antigüedad en Japón, China, Egipto y Grecia, y en el último período del Imperio se encuentran en el derecho romano. En la literatura y el folklore se mencionan como existentes en etapas bastante antiguas de la civiliza -

ción: El Shu Ching, una colección de poesía, historia y filosofía, editada por Confucio, menciona la construcción de prisiones por el Emperador Fuen VIII, alrededor del año 2000 a.C. (1).

Constancio Bernaldo de Quirós (2) asegura que la prisión en Roma se usó sólo con fines de custodia, no con fines de castigo, de igual forma se prescribió en el Digesto, de acuerdo a la máxima de Ulpiano (siglo III), "prisión ad continendos non ad puniendos homines", para lo cual se utilizaron las primeras cárceles de Roma: Latómia, Claudiana y Mamertina, en ese orden; edificadas, al parecer, por Tulio Hostilio, Apio Claudio y Anco Marcio, respectivamente.

Al decir de Cuello Calón (3), en el antiguo derecho español la cárcel apenas tuvo importancia como medida penal; en el Fuero Juzgo se la menciona vagamente, aunque en algunos fueros municipales se la prescribió como verdadera pena, pero las Partidas la acogieron con el mismo carácter que los romanos:

"Ca cárcel debe ser para guardar los presos en non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella". (ley segunda, título II, Partida VII) (4).

"Ca cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados" (ley cuarta, título XXXI, partida VIII) (5). Todo parece indicar que en el siglo XVI existió como pena de carácter laico, además del encarcelamiento religioso impuesto por el tribunal del santo oficio.

De manera similar, el antiguo derecho inglés contempló el encarcelamiento como forma de detener a aquellos que no podían dar garantía de permanecer a disposición de la autoridad (6), pero ya el Estatuto de Westminster, en 1275, prescribió dos años de prisión para los convictos por violación (7).

Al estudiar los antecedentes de la prisión como sanción penal, no debe soslayarse el hecho de que durante la Edad Media (476-1453), la Iglesia Católica tuvo un sistema judicial con poder no sólo sobre los clérigos sino también sobre los seculares (por lo menos para algunas ofensas y algunas clases sociales); de tal suerte que un sistema judi-

cial eclesiástico, basado en derecho canónico, se desarrolló a veces compitiendo, a veces excluyendo y a veces complementando al del estado secular. Como la Iglesia se negaba a poner a sus siervos a merced de la justicia temporal, empezó a usar los monasterios como instituciones penales. El papa Bonifacio VIII (1294-1303) hizo una interpretación de acuerdo a la cual las prisiones, aunque su propósito es detener y no castigar criminales, podrían ser usadas para miembros del clero confesos o convictos de un crimen, ya fuera por un período fijo de tiempo o de por vida para hacer penitencia. Celdas penales especiales fueron equipadas para tal propósito en numerosos monasterios (8).

Norman Johnston describe los antecedentes de la prisión en los términos que enseguida se consignan:

"El concepto de la prisión como un sustituto de la muerte o mutilación del cuerpo, derivó en parte de una costumbre de la Iglesia primitiva, de dar asilo a fugitivos y criminales. Iniciado ampliamente durante el reinado de Constantino, este antiguo derecho existió anteriormente entre los asirios, los hebreos y otros pueblos. La Iglesia en ese entonces tenía bajo su égida a gran número de clérigos, empleados, funcionarios, monjes y siervos, y excepto estos últimos, muchos de aquéllos caían bajo la jurisdicción de los tribunales de la Iglesia.

"Tradicionalmente impedidos para derramar sangre e inspirándose en el tema cristiano de la purificación mediante el sufrimiento, estos tribunales canónicos vinieron a someter al ofensor a reclusión y aun a confinamiento solitario, no sólo como castigo, sino como medio para proveer condiciones bajo las cuales la penitencia ocurriera más probablemente.

"Algunos de los cuarteles monásticos proveyeron instalaciones totalmente separadas para cada monje, de modo que era sólo cuestión de poner bajo llave al hermano equivocado por períodos breves.

"Como las casas madres de las órdenes monásticas tenían casas satélites ubicadas en localidades menos deseables, era práctica común la transferencia de monjes por períodos de tiempo a tales sitios. Existe alguna evidencia de que algunos de estos satélites llegaron a ser considerados como instalaciones penales" (9).

William G. Nagel informa que:

"Durante la Inquisición ciertos herejes, habiendo sido exonerados de muerte, eran encarcelados de por vida, a menudo en cuartos individuales subterráneos. Durante ese período, por ejemplo, fue construida una prisión religiosa en Portugal que contenía celdas para brujos hechiceros y pecadores" (10).

Los autores parecen coincidir, entonces, en que la Iglesia fue la primera institución que comenzó a usar la prisión como pena en amplia escala (11); sin embargo, el estado laico ya invocaba esta medida con cierta recurrencia a finales del siglo XVI, aunque la reservó principalmente para ofensores menores, vagos, alcohólicos, enfermos mentales, limosneros habituales y malvivientes.

4.3. Primeras experiencias masivas

La erosión y la caída del sistema feudal ocasionó cambios profundos en los sistemas sociales, económicos y políticos durante los siglos XIV, XV y XVI, en los países europeos: Las ciudades crecieron a costa de las comunidades rurales, se registró un creciente desempleo, las guerras alejaron a los hombres de sus lugares y actividades laborales de origen, por largos períodos; y a esto se agregó la crisis de la Iglesia Católica que desencadenó la Reforma. Como consecuencia, una ola de vagos y limosneros se levantó y el crimen profesional empezó a florecer (12).

Durante este período de extrema intranquilidad y desorden en toda Europa, la Iglesia, animada por un espíritu humanitario, trató de encontrar alternativas a las penas de la época y creó la "workhouse" o casa de corrección y trabajo, procurando dos objetivos fundamentales: (a) quitar de las calles a los ociosos, vagabundos, prostitutas, limosneros y ladrones, y (b) corregirlos mediante la ética del trabajo. Con esta idea nació en 1557, la primera casa de corrección y trabajo que registra la historia: "The London House of Corrections" (La Casa de Corrección de Londres) también conocida como "Bridewell", que era el nombre del castillo abandonado que la albergó, gracias a que el rey Eduardo VI la donó ex profeso al obispo Nicolás Ridley. Las casas de corrección del período isabelino (1558-1603) pueden ser consideradas las precursoras de la prisión moderna; fueron el "primer ejemplo de detención laica sin fines de custodia en la historia de la cárcel" (13).

Al evolucionar la casa de corrección en Inglaterra, absorbió poco a poco a la antigua "gaol" (prisión de custodia), a tal grado que por ley se suprimió la diferencia entre una y otra a partir de 1865, aunque ya desde 1720 se podía condenar a los delincuentes menores a cualquiera de las instituciones, a juicio del juzgador (14).

Entre 1588 y 1596, tuvo lugar una importante contribución holandesa a la penología: Los magistrados de la ciudad de Amsterdam aprobaron el proyecto de Alderman Jan Laurentszoon Spiegel y fundaron las casas de corrección de Amsterdam; la primera empezó a operar en un exconvento en 1596 y fue para varones exclusivamente, la de mujeres se inauguró un año después; fueron conocidas como "Rasphuis" y "Spinhuis". "Rasphuis", porque la labor fundamental consistía en raspar madera fina hasta convertirla en polvo, el que era utilizado para que los tintoreros elaboraran los pigmentos para teñir hilos. Sus moradores, delincuentes menores, vagos, mendigos y prostitutas inicialmente, recluidos por orden judicial o administrativa, habitaban en celdas que contenían varios detenidos; el trabajo, que era obligatorio y remunerado, lo ejecutaban en la propia celda o en un patio central. Su finalidad era, además de castigar, reformar y corregir a los reclusos mediante el trabajo y la disciplina rígida y severa (azotes, aislamiento absoluto, celda de agua, etc.) Las casas de corrección de Amsterdam sirvieron de modelo y pronto proliferaron principalmente en el resto de Los Países Bajos, Alemania y Suiza, con igual clase de trabajo: para los hombres raspar madera y para las mujeres tejer.

En Italia destacan siguiendo la idea correccional: (a) la Casa Pía, llamada también Hospicio de San Felipe Neri, establecida por Filippo Franci en Florencia en 1677, que contaba con una sección especial de ocho celdas individuales para aislamiento absoluto; (b) el Hospicio de San Michele, cuya casa de corrección fue construida por Clemente XI en 1703 y albergó delincuentes menores de veinte años y jóvenes encomendados por sus padres ("corrigendi"), bajo un severo régimen disciplinario que incluía aislamiento, en casos probablemente absoluto, oración y trabajo en común bajo estricto "silentium", tal y como lo había recomendado el monje benedictino Jan Mabillon (1632-1707)(15) (c) la Casa del Buon Consiglio, fundada por el Marqués de Galione alrededor de 1750, que siguió un programa muy similar al del correccional de San Michele; y (ch) la Casa de

Corrección de Milán, construida en Lombardía durante el dominio austriaco de la Emperatriz María Teresa, y que funcionó a partir de 1766 con celdas individuales y grandes salones para trabajo en común.

Finalmente, ha de mencionarse el Octágono de Gante, la "Mansión de Force", que fue reconstruida en 1775, en el entonces Flandes austriaco, hoy Bélgica, y que fue gobernada, al menos por un tiempo, conforme a las ideas penitenciarias de Vilain XIV: clasificación y separación, aislamiento nocturno, trabajo en común, capacitación para el trabajo, restricción de castigos corporales, orden, moderación y salubridad.

No debe olvidarse que estas instituciones coexistían con las cárceles comunes y que si bien algunas fueron creadas originalmente para servir a diferente clientela, poco a poco entraron en el terreno propiamente penal y ocuparon, inicialmente, una posición intermedia en el catálogo de penas de la época -entre la simple multa y el leve castigo corporal y la deportación, el destierro y la pena de muerte- además, aunque temprano sólo fueron para malhechores, vagabundos, holgazanes y prostitutas, con el tiempo llegaron a albergar delincuentes peligrosos; particularmente habiendo de los Bridewells, Rasphuis, correccionales de Milán, San Michele y La Mansión de Gante. Por otra parte, como es lógico en un período de turbulencia eclesial, en la mayoría de los casos, si no es que en todos, el ingrediente religioso -exhortaciones, cánticos, oraciones, lecturas, enseñanzas- era parte importante en el proceso de corrección, apoyado desde luego con la ética religiosa del trabajo (16).

4.4. Reforma humanista en la Europa de la segunda mitad del siglo XVIII

Sin duda alguna son muchos los personajes y sus respectivas obras que merecen ser citados bajo este epígrafe; no obstante, por diversas razones, se hará mención de sólo unos cuantos, aunque las tareas de Nicolás Ridley, Jan I. Spiegel, Filippo Franci, Clemente XI, Jan Mabillón y Vilain XIV, de alguna manera mencionadas en páginas precedentes, no fueran ajenas a la inquietud humanista (17).

Tal parece que las condiciones de miseria humana:

hacinamiento, promiscuidad, corrupción, insalubridad y violencia; han sido características endémicas de la prisión y se las encuentra presentes en forma patética en las épocas tempranas de su evolución. La cárcel Mamertina, construida por Anco Marcio alrededor del año 640 a.C., bajo la cloaca máxima de Roma, es claro ejemplo de ello; por lo demás, qué podría decirse de las cisternas húmedas y fétidas habitadas como cárceles, de los calabozos infectos de los castillos medievales, de las cárceles inhóspitas y sombrías regentadas por la Inquisición (18), o de las cárceles inmundas, obcuras e insalubres de las colonias americanas (19).

Fue precisamente el Emperador Constantino, con su famoso Edicto de Milán, quien en el año 320 decretó una reforma penal con contenido humanista, en la que destacan los siguientes aspectos: (a) supresión de la pena de crucifixión; (b) separación de sexos en las cárceles; (c) prohibición del uso de procedimientos crueles y vejatorios contra los reclusos; (ch) obligación de mantener a los presos pobres a costa del erario público, y (d) disposición de que en toda cárcel se contara con un patio bien soleado para uso de los presos. Sin embargo, la generalidad de las cárceles de la Antigüedad y de la Edad Media, se caracterizaron por las condiciones de miseria humana ya mencionadas. El escenario carcelario del siglo XVIII era de decadencia progresiva: al extenderse la cárcel a los vagos, malvivientes, prostitutas y malhechores, hubo una demanda de espacio que no pudo cubrirse, de modo que la regla general era el hacinamiento y la promiscuidad; el régimen de trabajo se enfrentó con la oposición de los trabajadores libres y con los problemas de la libre competencia, lo que propició el reinado del ocio, de la corrupción y de todos los vicios que se le asocian. Si a esto se agrega la penalidad prevalectante hasta ese entonces, que con el tormento, hierros y cadenas la hacía insufrible, y el régimen disciplinario interno cargado de arbitrariedades y violencias; el panorama resulta desolador. Este estado de cosas no podía ser ignorado por Beccaria, quien al dedicar a la detención un apartado de Dei delitti e delle pene, expresa con elocuencia: "en el sistema criminal actual, según opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia sobre la justicia, porque se arroja confundidos en la misma caverna a los acusados y a los convictos, porque la prisión más bien es un suplicio que custodia del reo... todavía duran las bárbaras impresiones y las feroces ideas

de los septentrionales longobardos que expulsaron a nuestros padres... " y "A medida que las penas vayan siendo moderadas, que se escabe con la desolación y escualidez de las cárceles, que la compasión de la humanidad penetre a través de las puertas cerradas..." (20).

Pero en materia de humanización carcelaria, corresponde el mayor mérito al noble inglés John Howard (1726 - 1790), quien al parecer en 1755 había sufrido los rigores de los presidios franceses en carne propia. En 1773 inició su desempeño como "sheriff" del condado de Bedford, con tal motivo recorrió todas las cárceles del condado donde constató las condiciones infrahumanas que prevalectían, realidad que le impactó sobre manera además por el contraste que representaba al compararla con la situación acomodada en que siempre había vivido; se dio luego a la tarea de visitar las demás prisiones de Inglaterra y del resto de Europa continental, a donde realizó ex profeso varios viajes entre 1770 y 1789; lo que le permitió conocer, además de las prisiones de su patria, otras de Irlanda, Escocia, Francia, Los Países Bajos, Alemania, Suiza, Flandes, Finlandia, Dinamarca, Suecia, Rusia, Portugal, España e Italia.

Howard publicó su obra más célebre en 1777, que fue adicionada posteriormente en dos ocasiones, con un nombre tan largo como los viajes de su autor: The state of the prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals (El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales con observaciones preliminares y una relación de algunas prisiones y hospitales extranjeros) (21). Howard no se concretó a denunciar la situación miserable y abyecta en que se encontraban las prisiones y los reclusos en su época, sino que propuso para remediarla las bases siguientes: (a) sistema celular "dulcificado", para lograr un aislamiento absoluto, evitar el contagio y favorecer la reflexión y la enmienda y corrección; (b) regímenes higiénico y alimenticio humanos, para lograrlos recomendó la construcción de cárceles con celdas ventiladas donde hubiese agua en abundancia, de preferencia cerca de ríos, que se dotara a los reclusos de ropas adecuadas y se les proporcionara el alimento y el cuidado médico necesarios; (c) régimen de trabajo obligatorio para los convictos y voluntario para los procesados; (ch) educación moral y religiosa (congruente con su formación calvinista); (d) separación de sexos, procesados, con

victos y deudores morosos, sujetándolos a regímenes disciplinarios distintos, y (e) asignación de sueldos fijos a los carceleros para que no medrasen a expensas de los reos y sí cesaran de administrar las prisiones como si fuesen patrimonio propio. Su obra pronto tuvo resonancia internacional y fue seguida por las reformas carcelarias humanitarias de los países europeos y por supuesto de su natal Inglaterra, donde se promulgaron varias leyes que siguieron sus orientaciones. Murió en 1790, víctima del tifus exantemático o fiebre carcelaria, que contrajo en una de sus visitas a la cárcel de Kherson (Rusia). Hoy se lee en su tumba: "Quienquiera que seas, estás ante la tumba de tu amigo", palabras que destacan la filantropía de aquél, a quien Jeremías Bentham calificara de apóstol - porque vivió como misionero entregado generosamente al servicio de los pobres entre los pobres- y de mártir -porque murió mostrando la congruencia entre su pensamiento y acción humanistas.

Jeremías Bentham (1748-1832) jurista, filósofo y economista inglés, expuso sus ideas sobre la reforma carcelaria en las postrimerías del siglo XVIII: se manifiesta contra la severidad innecesaria (uso de hierros y violencias), el hacinamiento, el aislamiento absoluto, la promiscuidad y la infección; en tanto que aboga por condiciones humanas aunque severas en las cárceles, separación de sexos, higiene y salud, educación, enseñanza moral y religiosa y trabajo. Crea el panóptico como paradigma para poner en práctica sus recomendaciones; su interés por abatir costos está presente en todo momento, igual su preocupación porque la cárcel no pierda sus efectos intimidatorios y preventivos en la medida que las condiciones materiales de vida que imperen en ella sean inferiores a las peores que prevalezcan en la sociedad libre; principio de menor elegibilidad ("less elegebility") del régimen penitenciario; también son notorias sus ideas sobre atención postliberal y asistencia a las víctimas del delito.

Como se ha mencionado supra, el triunfo de los principios de corte liberal humanitario en la segunda mitad del siglo XVIII, pronto ocasionó una serie de reformas penales en el mundo europeo de entonces: la de Catalina la Grande, en Rusia, en 1769; la de María Teresa, en Austria, en 1776; la de Federico II, en Prusia, en 1780; la de Luis XVI, en Francia, en 1780; la instrumentada en Austria por José II mediante el código penal de 1785; la de Toscana en 1786; y luego de la Revolución los códigos penales france-

ses de 1791 y 1810. En suma, las reformas penales suprimieron la tortura y las penas atroces, redujeron la aplicación de la pena de muerte, se propusieron la corrección de los reos, elevaron a la prisión a la categoría de reina de las penas y prescribieron el trabajo en reclusión; aunado a esto el humanismo carcelario tratado supra, el terreno quedó preparado para el surgimiento de los dos grandes modelos celulares que marcaron el derrotero del aprisionamiento en el mundo.

4.5. Sistemas celulares

Las mismas razones humanitarias que justificaron la reforma en Europa son válidas para explicar las transformaciones llevadas a cabo en la América anglosajona, donde surgieron los sistemas celulares americanos; al hablar de estos debe tomarse en cuenta que: (a) en el propio siglo XVIII se realizaron ya algunos experimentos laicos que incluyeron reclusión celular; recuérdense los correccionales de Milán (1766), donde se practicó el aislamiento celular nocturno, y el de San Michele en Roma (1703), donde al parecer se practicó el aislamiento celular continuo, y aún antes (1677) la Casa Pía en Florencia, de Filippo Franci, también conocida como Hospicio de San Felipe Neri, que contaba con ocho celdas individuales para aislamiento continuo; (b) el modelo flamenco en Gante, practicado en la "Maison de Force" (1775), que basó su régimen en el trabajo remunerado y buscaba la corrección de los reclusos, por lo que rechazaba las penas menores de seis meses por cortas para la reeducación y las perpetuas porque "quitar todo incentivo para la corrección". La separación celular nocturna, la clasificación, el trabajo diurno en común, la higiene, el orden y la moderación fueron sus divisas; (c) el modelo inglés expuesto por J. Hanway en 1775 en su libro The defects of police, y mejorado por John Howard poco después, lo que motivó que en 1779 se construyera la primera prisión celular en Horsham, Essex y que en el mismo año William Eden y William Blackstone lograran que el parlamento inglés aprobara la "Penitentiary Act", de donde se derivó la construcción de, entre otras, la penitenciaría de Gloucester, donde se practicó el aislamiento celular continuo para los criminales más peligrosos y para los otros aislamiento nocturno y trabajo en común durante el día, acompañado en ambos casos de rigurosa instrucción religiosa (22). Hanway consideraba indispensable el aislamiento absoluto para evitar la contaminación promiscua y porque "hace

que el delincuente se enfrente con su conciencia". De esta suerte, se busca con la pena el regreso al derecho y a la virtud, y se conceden a la prisión, llamada "reformatorio" por Hanway, los atributos que la mantendrían en el pináculo de las penas: prevención general, mediante la intimidación por ser un ejemplo temible para los demás; prevención especial, porque es un instrumento de conversión, de transformación del alma, y propiciar las condiciones que facilitan el aprendizaje (23); (ch) el código penal de José II de Austria, de 1785, establecía: "El condenado a cárcel será encerrado solo, en lugar iluminado, sin cadenas ni lazos; no podrá tener, durante la pena, comunicación con los otros condenados o con persona de fuera. A expensas de la casa no se le dará más que pan y agua. El resto lo ganará con su trabajo" (24); en lo que se aprecia claramente un régimen de aislamiento celular continuo, dulcificado, contrabajo obligatorio.

4.5.1. Antecedentes en las colonias americanas

Durante la era colonial de Los Estados Unidos, prevalecieron las mismas prácticas penales que en Europa: marca de fuego, azotes, picota, destierro, castigo sumario que incluía mutilación y muerte; en algunos lugares, como Virginia, las leyes eran altamente moralizantes, la ausencia reiterada a los servicios religiosos podía ser castigada con la muerte, los reincidentes por tercera vez eran considerados incontrolables y por lo general se les condenaba a muerte. Los hombres de las colonias americanas no creían que la cárcel pudiera rehabilitar, la usaron para detener a los sujetos a proceso y a aquellos en espera de castigo sumario. Como lo apunta David Fogel "autopreservación, no corrección, estaba en la mente de los colonos" (25).

William Nagel informa respecto de este período:

"En algunas colonias, sin embargo, había casas de trabajo ("workhouses") para deudores y cárceles ("gaols") para criminales no procesados. Las condiciones en estas cárceles eran horribles. La mezcla indiscriminada de criminales con los locos, los jóvenes con los viejos, hombres con mujeres, y todos a merced de los carceleros, quienes manejaban las cárceles por lucro, todo aseguraba una existencia infernal para el encarcelado. No era poco común que los prisioneros se vieran forzados a mendigar alimentos de las gentes que pasaban cerca. Alimento, licor y satisfactores generales estaban disponibles

para aquéllos que tenían los medios para comprarlos. El sostenimiento de aquéllos que eran pobres era dejado a merced del capricho del carcelero. Los registros indican que los prisioneros realmente morían de hambre en Pensilvania" (26).

La reacción de los colonos americanos ante la criminalidad se explica en parte por su herencia europea, por su estricta moralidad protestante y por la práctica inglesa de la transportación. Se considera que desde 1607 hasta el momento en que se suprimió ésta (1776, por causa de la Revolución) cien mil convictos llegaron a América, lo que había provocado airadas protestas de los colonos (27).

No obstante lo anterior, la idea de confinamiento institucional como pena sustitutiva de la muerte y otras corporales -esto es, para delincuentes mayores- a través de la casa de corrección, fue invocada por Williams Penn (1644-1718) el fundador de la colonia de Pensilvania (1682), quien limitó la aplicación de la pena de muerte a los casos de homicidio premeditado y voluntario y de alta traición. Así, en La Gran Ley de 1682, redactada por Penn, se estableció que cada condado de Pensilvania "construirá o hará que sea construida en el lugar más conveniente de cada condado, una casa suficiente, por lo menos de veinte pies cuadrados, para encierro, corrección, trabajo y castigo de todas las personas que sean legalmente internadas allí" (28). Las ideas de Penn no prosperaron y pronto se siguió un sistema muy similar al de Inglaterra en cuanto a penas e instituciones (29); esto es, prevalecieron las penas corporales, la cárcel preventiva con cuctas y las casas de corrección o de trabajo -términos usados indistintamente- para vagos, ociosos y pequeños transgresores. Según Massimo Pavarini, al final del período colonial había en las colonias alrededor de 400 "workhouses" con capacidad aproximada para cien mil internos, con las que se servía a una población de 3.5 millones de habitantes blancos (30).

4.5.2. Sistema penitenciario de Pensilvania

En la constitución provisional de Pensilvania de 1776, bajo la influencia de los cuáqueros tembladores, se decretó una reforma penal que exigía penas menos sanguinarias, y en general más proporcionadas al delito, y ordenaba la construcción de casas para castigar bajo un severo régimen de trabajo en beneficio del público o de las víctimas

del delito. El Estatuto de Pensilvania de 1786 implantó la reforma penal prescrita por la constitución, lo que ocasionó que la mayoría de los delitos fueran castigados mediante prisión, bajo un severo régimen de trabajo en las celdas de las prisiones y en los caminos públicos (servicio penal). Tal penalidad fue desagradable al público, de tal suerte que una nueva inquietud por reforma empezó a manifestarse, encabezada por un grupo de individuos, Benjamín Franklin, William Bradford y Benjamín Rush entre los más connotados, que en mayo de 1787 fundaron la Sociedad de Filadelfia para aliviar las miserias de las prisiones públicas (The Philadelphia society for alleviating the miseries of public prisons), más tarde solamente la Sociedad de Prisiones de Pensilvania (The Pennsylvania Prison Society) (31). Los primeros objetivos de la Sociedad fueron: (a) suprimir los espectáculos callejeros de prisioneros en cadenas que realizaban trabajos públicos y lograr que en su lugar se impusiese trabajo en privado (ejecución de la pena en secreto); (b) la separación de sexos; (c) la separación de delincuentes primarios y "endurecidos"; (ch) la alimentación de los prisioneros, y (d) la prohibición de venta de licor en las cárceles. En 1788 Franklin firmó el mensaje de la Sociedad al Consejo Ejecutivo Supremo de la Comunidad, abogando por cambios que mejoraran la posibilidad de reformar prisioneros, poco después (1789-90) la legislatura adoptó propiamente todas las recomendaciones de la Sociedad, y proveyó para la renovación de la vieja cárcel de la Calle del Nogal en Filadelfia ("Walnut Street jail"), que funcionaba desde 1773, donde se ordenó construir un "albergue celular" o "casa penitenciaria" anexa con celdas individuales, para los criminales más endurecidos que estuviesen sirviendo condenas largas. La casa penitenciaria, terminada en 1791 y que constaba de 16 celdas (1.83 m. de ancho, 2.44 m. de largo y 2.44 de alto), se cree que se usó más como dormitorio o para propósitos disciplina - rios que para largos períodos de confinamiento solitario como era la intención original. La técnica correctiva que se siguió en la cárcel de la Calle del Nogal se caracterizó por: (a) aislamiento parcial de los reos; (b) ejecución de la pena en secreto, o sea, no publicidad de la pena; (c) abolición de castigos corporales; (ch) proscripción de cadenas o hierros; (d) rudimentos de una individualización ejecutiva de la pena: se recibía del tribunal un expediente con información sobre el preso y su delito, mismo que se complementaba con anotaciones frecuentes durante su estancia en prisión, lo que permitía una clasificación de re

clusos y su eventual libertad anticipada; (e) libertad anticipada, por recomendación administrativa de un incipiente "board of pardons", en función de la conducta del reo; (f) régimen de trabajo obligatorio, en común, bajo la regla del silencio y remunerado; (g) costo de la manutención diaria a cargo de los reclusos; (h) estructuración total del tiempo y vigilancia constante; (i) prohibición del uso de armas y aun de cañas o bastones, a los guardianes, y (j) lectura de La Biblia y de otros libros de religión práctica, así como provisión de "buena" influencia a cargo de capellanes, guardianes, inspectores de prisión y otras personas "edificantes" (32) (33).

Pronto (1800) la nueva prisión entró en crisis debido al sobrecupo y al personal descuidado e incapaz; en seguida (1817) una nueva ola de entusiasmo vino de Nueva York y de la Sociedad de Pensilvania. El nuevo plan de ésta prescribía completa soledad con trabajo en la celda y recreación en un patio privado adyacente a cada celda (prisión monástica ya bosquejada por Mabilón en 1695 y recomendada por Hanway en 1775). La legislatura ordenó, mediante ley, la construcción de dos prisiones, una en Pitts-burgh, puesta en operación en 1826 ("The Western Penitentiary") y la otra en Filadelfia, abierta en 1829 ("The Eastern Penitentiary") también llamada "Cherry Hill", en memoria del cerezal que anteriormente había ocupado el sitio. Fue en esta última donde se practicó más plenamente lo que se conoce como: Sistema Pensilvánico de Disciplina Penitenciaria (Pennsylvania System of Prison Discipline) (34), bajo los siguientes principios o características:

a. El encarcelamiento debe ser suficientemente desagradable, para convencer al convicto de que el camino del transgresor es difícil; pero éste contaría con aproximadamente una hora de sol y ejercicio en un patio anexo a la celda;

b. El reo debe estar separado día y noche de otros, para preservarlo de ulterior corrupción debida a su confinamiento;

c. La soledad combinada con instrucción religiosa, oración, lectura de La Biblia y demás libros religiosos, prédicas del capellán y otros ministros del clero, conduciría a la reformatión porque al pecador se le revelaría lo torcido de su conducta; así, la soledad y la exposición al

bien enfrentaría al reo con su propia conciencia, lo cual le produciría un agudo remordimiento que a su vez causaría la reforma;

ch. El confinamiento solitario absoluto provee los medios para variar la intensidad del castigo y de la disciplina, dado que el castigo puede ser intensificado al su- primir la oportunidad de leer y trabajar;

d. El sistema sería económico porque la disciplina en confinamiento solitario ocasionaría la reformación pronto, y el trabajo en el interior de la celda produciría ingresos suficientes para pagar los gastos; la rígida disciplina institucional se haría valer mediante reclusión en celda oscura, reducción del alimento, aplicación de mordazas u horquillas de fierro y duchas heladas, y

e. Absoluta estructuración del tiempo, que debería pasarse en completo silencio y ocuparse sólo en las rutinas penitenciarias (alimentos, trabajo, visitas oficiales, oración, etc.).

"Cherry Hill" atrajo muchos visitantes, entre ellos los franceses De Beaumont y De Tocqueville, cuyo influyente reporte fue publicado en 1833 (35); el escritor escocés Carlos Dickens; los juristas alemanes Heinrich Julius y Karl Mittermaier; el conisionado de prisiones de Inglaterra, William Crawford y la reformadora social sueca Fredrica Bremer. El sistema seguido en "Cherry Hill" pronto suscitó comentarios favorables entre personajes autorizados, como algunos de los arriba mencionados, y fue adoptado como modelo en Europa; sin embargo, mucho más perceptivo que sus contemporáneos que lo alabaron, Dickens escribió (1842) sobre el sistema de confinamiento solitario:

"Yo lo creo, en sus efectos, cruel y equivocado. En su intención, yo estoy bien convencido que es bondadoso, humano y orientado a la reformación; pero estoy persuadiendo que aquéllos que proyectaron este sistema de disciplina penitenciaria... no saben lo que hacen. Yo creo que muy pocos hombres son capaces de estimar la cantidad inmensa de tortura y agonía que este castigo espantoso... inflige sobre los que lo padecen... Yo sostengo que este lento y cotidiano manoseo de los misterios de la mente, es inmensamente peor que cualquier tortura del cuerpo".

A los prisioneros los calificó de "enterrados en vida" "que habría sido mejor que los hubieran colgado antes de ponerlos en este estado y devolverlos luego así a un mundo con el que ya no tienen nada en común".

No obstante su escasa aceptación en su tierra nativa, el sistema pensilvánico fue adoptado por Inglaterra, con su prisión modelo en Pentonville; Suecia en 1840; Bélgica, Holanda, Suiza, Escandinavia, Finlandia y Rusia, entre 1830 y 1851. Francia lo recibió luego de un largo debate entre Charles Lucas y León Faucher, partidarios de Auburn, y L. Moreau-Christophe, Demetz, Ducpectiaux y De Tocqueville, partidarios de Pensilvania: este último, redactor de la ley de 1844 que fijó el principio del internamiento celular, argumentaba en favor del aislamiento absoluto en los siguientes términos:

"Sumido en la soledad, el recluso reflexiona. Solo en presencia de su crimen, aprende a odiarlo, y si su alma no está todavía estragada por el mal, será en el aislamiento donde el remordimiento vendrá a asaltarlo" (36).

Cita que evoca la fórmula monástica pentaedra:
soledad + reflexión + remordimiento + penitencia = reforma.

En la Italia de Cavour, en 1849, también triunfó el aislamiento absoluto, pero luego en la reforma de 1860 se combinó con el aislamiento parcial, y así lo adoptó más tarde el código Zanardelli. En el código penal mexicano de 1871, también se le aceptó en las modalidades de incomunicación absoluta y de incomunicación parcial.

Algunos penitenciaristas sostienen que la prisión es una invención americana, en razón a la reforma llevada a cabo en Filadelfia, que culminó con la "casa penitenciaria" construida en los jardines de la cárcel en la Calle del Nogal, y a la técnica penitenciaria que imperó en el conjunto. Sin embargo, otros asumen posiciones más congruentes con la evidencia histórica disponible, entre estos Thorsten Sellin comenta:

"En base a los hechos es razonable afirmar que la filosofía del confinamiento solitario, con trabajo celular o con trabajo en congregación asegurando la no interacción de prisioneros, había madurado plenamente en Inglaterra antes que la casa penitenciaria en el patio de la

cárcel en la Calle del Nogal fuera siquiera contempla - da. Realmente es justo asumir que fueron las ideas de Howard, Blackstone y Paley que espolearon a los miembros de la sociedad de Filadelfia a la acción. Nosotros sabemos que ellos estaban completamente familiarizados con el trabajo y escritos de Howard y reconocieron su deuda con él en más de una ocasión" (37).

Por lo demás, tampoco el sistema pensilvánico tuvo mucho de original; en buena medida fue una combinación de lo ya experimentado en San Michele, Gante y Gloucester, de acuerdo a las ideas de Vilain XIV, Mabillon, Franci, Beccaria y Howard.

4.5.3. Sistema penitenciario de Auburn

El sistema penitenciario de Auburn, también conocido como sistema de Nueva York o sistema del silencio, se desarrolló como una variación del sistema de Pensilvania y pronto llegó a competir con éste.

Hasta 1824 Nueva York tenía únicamente dos prisiones estatales: Newgate, construida por la Ciudad de Nueva York en Greenwich, durante el bienio 1796-1797, y la prisión de Auburn, construida en el período de 1816-1821. Para entonces las autoridades del Estado de Nueva York se interesaron en adoptar el sistema pensilvánico y optaron por ampliar las instalaciones de Auburn, incorporándole un edificio celular que fue ocupado por ochenta y tres reclusos en la navidad de 1821, bajo el régimen de aislamiento celular, silencio y ocio absoluto e instrucción religiosa. La ampliación constaba de dos filas de celdas contruidas en cinco pisos; el mismo muro servía como pared de fondo de las celdas, de manera que éstas estaban orientadas hacia puntos opuestos, frente a sendos corredores alineados con ventanas altas que proveían de luz indirecta. Cada celda medía 1.06 m. de ancho, 2.3 m. de largo y 2.3 m. de altura. La experiencia corrió con tan mala fortuna que en el término de un año cinco reclusos murieron, uno enloqueció, otro intentó suicidarse y el resto terminaron seriamente desmoralizados; eventualmente el gobernador del Estado los perdonó entre 1823 y 1824. Ante el fracaso del experimento, el recién nombrado director de la prisión de Auburn, capitán Elam Lynds (38), y su asistente, John D. Gray, establecieron el sistema del silencio de Auburn con las siguientes características:

- a. Aislamiento celular nocturno;
- b. Trabajo en congregación en pequeños talleres bajo estricta vigilancia y supervisión;
- c. Alimento en común en comedores con mesas angostas orientadas en la misma dirección, de manera que los reos se veían las espaldas unos a otros; aunque la última comida del día solían hacerla en la celda;
- ch. Regla de absoluto silencio para evitar corrupción a través de la interacción;
- d. Modelo y estilo de vida militar caracterizado por uniformidad en celdas, ropas, rutinas y horarios; cabeza rapada; marcha en fila apretada con la mirada caída, pies encadenados y moviéndose al unísono; organización de la administración de acuerdo al modelo jerárquico castrense;
- e. Orientación religiosa consistente en instrucciones, oraciones, prédicas, lecturas y acciones varias a cargo del capellán;
- f. Disciplina arbitraria, las normas se ponían en vigor a fuerza de látigo, celda más pequeña y oscura y racionamiento de alimentos, y
- g. Descanso dominical en aislamiento, excepto durante los servicios religiosos.

Pronto las dos prisiones en existencia fueron insuficientes y Lynds emprendió la construcción de otra, usando la mano de obra aportada por los reclusos de Auburn. El lugar escogido para la nueva institución fue "Mount Pleasant", cerca del pueblo de "Sing Sing", N.Y. (39), que más tarde cambió su nombre por "Ossining", para evitar confusión entre el nombre de la prisión y el del pueblo más cercano: así, la prisión fue conocida como "Mount Pleasant" o "Sing Sing". Esta institución reemplazó a "Newgate", tuvo en Lynds a su primer alcalde y por supuesto funcionó bajo el mismo régimen utilizado por su gobernador en Auburn (40).

El abogado más influyente del sistema silencioso fue el Reverendo Louis Dwight, dirigente de la Sociedad de Prisiones de Boston (1825-1854), quien fue conocido nacionalmente como un reformador de la prisión. Los reportes anuales de la Sociedad llegaron a ser libros de texto para políticos y penólogos de todo Estados Unidos, de suerte que el sistema de Auburn se convirtió en el modelo para casi todas las prisiones estadounidenses, a tal grado que en la misma "Cherry Hill" fue introducido en 1913. En los foros internacionales también ganó terreno, ponderándose a

su favor la menor severidad y la mayor productividad; y eventualmente reemplazó, con algunas variaciones, al sistema de Filadelfia.

4.6. Primeros sistemas progresivos

A raíz del nacimiento de los dos grandes modelos penitenciarios en Los Estados Unidos, los desarrollos tuvieron lugar principalmente en el ámbito del sistema celular, con la adopción de estos modelos en diferentes partes tanto de la Unión Americana como del resto del mundo. Sin embargo, pronto empezaron a presentarse innovaciones que hicieron menos radical el aislamiento y procuraron la re-formación del delincuente mediante técnicas graduales, a esta organización del tratamiento en períodos que van acercando y preparando al penado para la vida en libertad, se le llama genéricamente sistema o régimen progresivo.

La idea de progresión en la pena estuvo presente en la propuesta de Le Peletier (41) a la constituyente francesa de 1791, donde sugería tres períodos de intensidad de creciente para los condenados a la pena más grave: (a) calabozo las primeras dos terceras partes de la condena: con sistente en reclusión a oscuras en aislamiento absoluto, con cadenas en pies y manos, a raciones de pan y agua y con posibilidades de trabajar, primero dos y después tres días a la semana; (b) gene: como fase intermedia, en calabozo alumbrado, cadena a la cintura, trabajo remunerado en aislamiento cinco días de la semana y dos días en común, y régimen alimenticio mejorado; (c) prisión: como fase pre via al término de la condena, con posibilidad de trabajo común, aunque si el preso lo prefiere podría trabajar solo, y el alimento que fuese capaz de obtener con su trabajo.

De acuerdo con Foucault (42), en Ginebra se aplicaba un régimen progresivo desde 1825, el cual fue invocado para Francia en 1838, tanto por Charles Lucas como por L. Duras; bajo la forma de las tres secciones: prueba, castigo y recompensa, por el primero; o bajo la forma de las cuatro fases: período de intimidación, período de trabajo, régimen de moralización y período de trabajo común, por el segundo. Sin embargo, los regímenes progresivos que más trascendieron fueron los experimentados por Yanuel Montesinos, Alejandro Maconochie y Walter F. Crofton, respectivamente.

4.6.1. Régimen progresivo de Montesinos

El coronel Manuel de Montesinos y Molina (1796-1862) luego de una precoz y azarosa vida militar inició su labor penitenciaria como pagador de los presidios del reino. Más tarde es nombrado comandante del presidio de Valencia (penal de San Agustín) con cerca de un mil quinientos reclusos, donde puso en práctica su sistema a partir de 1835, finalmente llegó a desempeñarse como inspector general de los presidios del reino.

Montesinos organizó a los prisioneros en compañías al estilo militar y dividió las condenas de privación de libertad en tres tiempos:

- a. Hierros o cadenas. El penado era conducido a la fragua donde, por reglamento, se le aherrojaba de la manera siguiente: (a) grillete a la rodilla con ramal corto de dos eslabones ligeros, a los sentenciados hasta dos años; (b) grillete a la cintura con cuatro eslabones ligeros, a los sentenciados hasta cuatro años; (c) grillete a la cintura con cuatro eslabones doble gruesos, a los sentenciados hasta doce años; (ch) apareados en cadenas los sentenciados de Africa.

El penado estaba en contacto con otros reos y se ocupaba en labores internas mayormente de limpieza, bajo cuidadosa observación y vigilancia que eran básicas para la siguiente etapa.

- b. Trabajo. El trabajo se realizaba en los cerca de cuarenta talleres de la prisión, bajo la supervisión de maestros y aprendices, era remunerado justamente y además era un medio de encauzamiento de los reclusos por las vías de la "honradez" y las "virtudes sociales". La clasificación de las tareas cubría los ámbitos industrial, agrícola, destinos, trabajos externos, limpieza, burocrático y manual o artesanal.
- c. Libertad intermedia. Los reclusos que por su conducta, tiempo servido en prisión y su rendimiento en el trabajo, ameritasen la confianza suficiente, podían trabajar en la ciudad durante el día pero debían regresar al presidio a pernoctar.

Destaca en este régimen el sello humanista que le imprimió Montesinos, que se ponía de manifiesto desde la llegada del condenado al penal, momento en que su comandante iniciaba el contacto personal con aquél, mediante la primera de una serie de largas entrevistas. Su filosofía penal quedó plasmada en su célebre frase: "La penitencia -r-ía sólo recibe el hombre, quedándose el delito a la puerta". En oposición a la incomunicación del preso, representada en aquel momento por los dos grandes sistemas celulares norteamericanos, expresó: "La celda e incomunicación del preso, además de que sólo satisface una de las condiciones de la pena, cual es la mortificación del penado, por otro lado perjudica el objeto principal de ella. Perfeccionar al hombre es hacerle más sensible, y todo lo que tienda a destruir o a entorpecer su sensibilidad impedirá su mejoramiento" (43). Congruente con sus ideas, cuidó la higiene y la apariencia física del penal, permitió la comunicación entre reos y las visitas familiares, y sustituyó las celdas por los hierros el trabajo y la confianza. Así se explica que haya creado el régimen de prueba o de libertad intermedia, que ahora es conocido como tratamiento preliberacional o prelibertad y que seguramente es su aportación más importante al penitenciarismo moderno (44).

4.6.2. Régimen progresivo de Maconochie o sistema de marcas ("Mark System")

Alejandro Maconochie (1787-1860) fue nombrado superintendente de la prisión de la isla Norfolk, colonia penal inglesa desde el siglo XVIII, ubicada a 930 millas de Sidney, Australia, puesto que desempeñó de 1840 a 1844, año en que la opinión pública australiana logró que lo removieran. Sus ideas se sustentaron en el fin que adjudicaba a la pena, que consistía en reformar al delincuente, de ser posible, o al menos enseñarle autodisciplina; entendía que el convicto sería "castigado por el pasado y entrenado para el futuro". Los siguientes son los elementos que consideró útiles para reformar y disuadir al delincuente: (a) estimular el esfuerzo y la autodisciplina; (b) uso de la sentencia de duración indeterminada, asumiendo que el tiempo requerido para adquirir autodisciplina no puede ser estimado al momento de sentenciar; (c) la sentencia debería consistir en llevar a cabo una tarea específica ("specific task"); y no en pasar recluido un período fijo de tiempo, esa tarea debería durar hasta que el convicto ejecutara cierta cantidad fija de trabajo, medida por una unidad lla

mada "marca"; esto es, en la sentencia ("task sentence") se condenaría al convicto a ganar una cantidad determinada de marcas de encomio o de créditos, mediante trabajo y buena conducta; (ch) las reglas se pondrían en vigor mediante multas en las marcas de encomio ganadas previamente.

Para llevar a cabo su plan, Maconochie puso en práctica un sistema de tres etapas:

- a. Confinamiento solitario absoluto durante un corto período que incluía trabajo e influencia moral y religiosa, cuya finalidad era enseñar buenos hábitos y autodisciplina.
- b. Período intermedio que incluía trabajo en equipo con responsabilidad colectiva y disminución gradual de restricciones en la medida que se acumulasen marcas de encomio o créditos.
- c. "Ticket of leave" (boleto de salida), comprado por el convicto con las marcas de encomio o créditos ganados previamente. Medida ésta que equivale a la moderna libertad condicional o preparatoria.

Es notoria la rectoría del principio de que todo de bería ser ganado ("nada por nada") en el proceso gradual de entrenamiento de los reclusos para su libertad futura.

4.6.3. Sistema progresivo irlandés o sistema de Crofton

Walter Frederick Crofton (1815-1897) fue nombrado director de prisiones de Irlanda en 1854, luego de haber estudiado cuidadosamente el estado de las prisiones de su patria durante 1853. Tuvo iniciativas similares a las de Maconochie y estuvo enterado de las ideas y prácticas del coronel Montesinos y de Georg Michel Obermaier; este último, siendo director de la prisión de Munich en 1842, experimentó un enfoque humanitario en el tratamiento de prisioneros: los liberó de las cadenas, reemplazó los soldados por guardas "humanos" y los sometió a un sistema progresivo de tratamiento basado en la clasificación, el trabajo y la libertad anticipada (45) (46).

Crofton basó su sistema en tres elementos, a saber :
 (a) prevención, tanto general como especial; al delincuente, sostenía, deben aplicársele rigores que impliquen su -

frimiento, de manera que tanto él como los demás vean que "las ganancias del crimen son rebasadas por sus pérdidas"; (b) incapacitación, término acuñado por Bentham, expresa que mientras el delincuente esté encarcelado no hay razones para que la sociedad le tema; y (c) reformatión, que se refiere al cambio del recluso durante su encarcelamiento, de manera que no reincida cuando sea liberado. El sistema irlandés consistió de cuatro etapas:

Primera etapa. A efecto de que los prisioneros experimentaran todo el rigor de la prisión, se les sometía a confinamiento solitario durante ocho o nueve meses; durante los primeros tres meses se les negaba el trabajo y se les reducían las raciones alimenticias, el resto del tiempo se les proporcionaba trabajo en su celda y raciones completas. Las exposiciones a las influencias religiosas y a la lectura eran constantes.

Segunda etapa. Consiste en régimen de trabajo en común siguiendo el sistema de marcas del capitán Maconochie; los reclusos se clasificaban en cuatro clases: la tercera, la segunda, la primera y la clase de avanzados ("A-class"). Esta última clase estaba físicamente separada de las otras y su régimen era de trabajo por las mañanas y de estudio por las tardes. Los reclusos avanzaban en función de las marcas de encomio que ganasen, de modo que el tiempo que permanecieran en esta etapa dependía de ellos mismos.

Etapas intermedia. Era servida en instituciones abiertas, la primera de las cuales fue fundada en 1856 en Lusk, cerca de Dublín; otras notables fueron Smithfield y Camdem. El éxito de Lusk lo destaca el hecho de que solamente dos, de mil prisioneros, escaparon durante el tiempo que estuvo en operación.

Cuarta etapa. Libertad vigilada o libertad condicional ("ticket of leave"), que obtenían los reclusos a cambio de marcas de encomio ganadas en las instituciones abiertas, que por ello pueden conceptuarse como "halfway-out houses" y en cierta manera también como "workhouses".

El sistema progresivo irlandés fue adoptado paulatinamente por otros países; al momento de la muerte de Crofton en 1897, estaba ya en vigor en la mayoría de las naciones civilizadas.

4.7. Reforma científica

Parafraseando a algunos juristas, podría decirse que la penalidad clásica, basada en el binomio delito-pena, combatió al delito con la prisión celular como principal recurso; mientras que con la irrupción y desarrollo de otras ciencias penales -la penitenciaria y las criminológicas principalmente- se incorporó a este universo el estudio del delincuente y la penalidad tuvo que considerar el doble binomio: delito-pena; peligrosidad-medida de seguridad. La nueva práctica penal se orientó hacia el combate del delincuente y paulatinamente, bajo el influjo de las ciencias de la conducta, llevó a sus últimas consecuencias el ideal de rehabilitación. Esta nueva orientación trajo una gran inquietud en el ámbito del tratamiento de los delincuentes, ya no tanto por razones humanitarias, cuanto por razones científicas. Aunque son legión las prácticas que han tenido lugar, inscritas en esta filosofía penal, a continuación se discurrirá únicamente sobre la discreción penal y sobre algunas experiencias originadas con delincuentes jóvenes; se recordará el concerto de institución abierta y se describiré, de manera sucinta, el denominado tratamiento progresivo técnico.

4.7.1. Discreción penal

Los principios de legalidad penal y de igualdad jurídica, enarbolados por el liberalismo, vinieron a poner el necesario coto, apenas a fines del siglo XVIII, a la arbitrariedad que había prevalecido hasta entonces y a cuya sombra se cometieron un sinnúmero de injusticias. El sistema de penas fijas subsecuente eliminó al arbitrio judicial (47); empero, su rigidez fue matizada en el siglo XIX, principalmente mediante la introducción de máximos y mínimos de la pena, de las medidas de seguridad y de las circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad; por otro lado la transición de la arbitrariedad a la legalidad en la ejecución de las penas puede constatarse en la evolución del derecho penitenciario, bosquejada infraen el aparte 4.9. (48). En su tiempo (1889) Saleilles puso en boga el concepto de "individualización penal", divisa ésta que fue favorecida por la reforma científica y que implicaba la flexibilización de lo penal, lo cual se ha logrado con lo que aquí se denomina "discreción penal" y que ha sido planteada en por lo menos dos niveles, judicial y ejecutivo, pronunciándose así, en mayor o menor gra

do, una indeterminación penal.

La discreción judicial, más comunmente arbitrio judicial, se revela significativamente, aunque no se agota ahí, en la flexibilidad de que dispone el juez para determinar la pena. El margen de maniobra se lo proporciona el derecho y puede ir desde la escasa beligerancia que se le concede cuando la naturaleza de la pena está legalmente de terminada y su decisión queda circunscrita por mínimos y/o máximos, hasta la indeterminación absoluta de la naturaleza y de la duración de las penas cuando se le permite esco ger, de entre el catálogo general de sanciones que estable ce la ley penal, la que él considere más apropiada al deli to y al infractor específicos; o bien la posición interme dia, conocida como sistema de penas paralelas, en que la ley establece penas alternativas de diferente naturaleza para cada ilícito y da al juez la facultad de escoger una de tales sanciones para el delito (49).

La discreción judicial puede reputarse como un elemento medular para alcanzar el fin supremo del derecho, ya que como lo expresó Stammler: "la ley no puede sbarcar lo más justo para todos, porque los hombres y sus actos son demasiado diferentes entre sí y nada se está quieto, por decirlo así, en las cosas humanas" (50). Empero, no es menos cierto que la discreción judicial "sólo puede dar re - sultados verdaderos y satisfactorios cuando haya razones para suponer que los órganos del Estado llamados a adminis trar justicia son realmente competentes para el desempeño de esta misión" (51). Todo parece indicar que en la idonei dad de los susodichos órganos juegan un papel muy importan te la independencia de los tribunales y la formación de los magistrados; sin embargo, la discreción judicial no producirá los frutos deseados si al mismo tiempo no cuenta el juzgador con una variedad de medidas penales a su alcan ce y con el apoyo de peritos que le alleguen una amplia y verídica información sobre la personalidad del reo, además de la carga de trabajo razonable que le permita el conoci miento directo de los procesados.

Difícilmente podría exagerarse la importancia de la inderendencia de la magistratura y la formación de sus títu lares: a la magistratura penal sólo debieran acceder in dividuos irreprochables, que contaran sobre todo con una autoridad moral sin tacha, con una vocación probada y con una formación criminológica sólida, además de ser profesio

nales del derecho. Así lo han entendido, inter alia, Radbruch, quien consideró que "la independencia de los tribunales no es otra cosa que el principio de la libertad de la ciencia, aplicada (sic) a las ciencias jurídicas prácticas". Por su parte Stammler, que abunda en ideas valiosas al respecto en su pequeño opúsculo, El juez, afirma que "Para alcanzar con la mayor perfección posible la mira del estado de Derecho es necesario... que los jueces sean inamovibles de por vida y sólo puedan ser separados de su cargo por incapacidad para ejercerlo o por sentencia judicial". Y sólo deben ser reclutados entre las personas objetivamente competentes para el desempeño de esta función, al margen y por encima de la política limitada de los partidos y de sus programas. Denis Szabó, ya en nuestro tiempo, considera que "la independencia de la magistratura, ... es probablemente el bastión más formidable de las libertades individuales en la sociedad contemporánea" (52).

La discreción ejecutiva o penitenciaria, cuyo depositario es el órgano administrativo, es la especie que más terreno ganó bajo el impulso del ideal rehabilitatorio. El proceso de individualización penitenciaria requiere de un vasto poder discrecional que se deja sentir al momento de la clasificación, en la aplicación del tratamiento, en la concesión o revocación de la remisión parcial de la pena y de la libertad condicional y, por supuesto, en la conmutación y modificación no esencial de sanciones. La importancia y expectativas que se le llegaron a atribuir fueron tales, que Mariano Ruiz Funes la consideró "el último intento que cabe hacer, antes de pronunciarse de un modo definitivo sobre la inutilidad de la prisión como medio apto para reformar al reo y para producir su readaptación a la vida social". Su influencia en la indeterminación de la sentencia depende del grado de discreción otorgada al órgano ejecutor, para ordenar la libertad del reo en cualquier tiempo o hasta después de cumplir cierta fracción predeterminada de la sentencia impuesta por el tribunal.

Los reclamos que llevaron a una mayor autonomía en la ejecución y a una creciente indeterminación en la sentencia dictada por el juez, le restaron discreción al poder judicial para concedérsela al poder ejecutivo y aumentaron los peligros de arbitrariedad ante la actuación libre del equipo criminológico en el recinto penitenciario (53). Pero los jueces conservaron el derecho de inspección, primero a través de comisiones de vigilancia y patronatos

y luego, a mediados del siglo XIX, nació la figura del juez de la aplicación de las penas (54) con un doble designio: garantizar los derechos subjetivos de los reclusos a efecto de que no se vean éstos nulificados por las acciones de la autoridad o de los miembros del equipo técnico de tratamiento, y asegurar la unidad y la pertinencia del tratamiento rehabilitatorio (55). En algunos países de Europa se utiliza en su lugar, hasta cierto punto, la institución denominada "ombudsman", originada en Suecia, en los albores del siglo XVIII, para vigilar el uso apropiado del poder gubernamental, incluyéndose la ejecución de sentencias. Los Estados Unidos empezaron a usarla en las prisiones a partir de 1972 en el Estado de Minnesota, básicamente para atender las quejas de los reclusos en forma participativa y evitar la recurrencia de éstos ante los tribunales.

4.7.2. Experiencias con delincuentes jóvenes

Reformatorios americanos. No se exagera al decir que la idea correccionalista de la pena, aunque con diferente énfasis y enfoque, se halla presente en todo momento en la historia de ésta: en Platón que consideraba a la pena "la medicina del alma", en Mabillon, Filippo Franci, Clemente XI, Nicolás Ridley, Beccaria, Howard, Bentham y Manuel de Lardizábal y Uribe, quien en su "Discurso sobre las penas..." escrito en 1782, expresara que "la enmienda del reo debería constituir uno de los fines principales de la pena". Más próximos en cuanto al tiempo los autores alemanes Stelzer y Gross, en las primeras décadas del siglo XIX hablaban de la corrección jurídica y de la corrección intelectual, respectivamente; Carlos David Augusto Roeder, discípulo de Krause, en 1839 defendió la corrección moral, y von Liszt propugnó por la corrección civil (56). De hecho, la idea de reformatión está en el fondo de cualquier sistema penal y más notoriamente en los sistemas progresivos.

Las ideas correccionalistas y positivistas fueron bien acogidas por el reformador penológico Enoch C. Wines y su discípulo Zebulon Reed Brockway, de Los Estados Unidos de América. Este último en el primer gran congreso penológico americano, llevado a cabo en Cincinnati, Ohio, en 1870, expuso sus puntos de vista que pronto fueron el sustento filosófico penal del sistema de reformatorios en aquel país, y que pueden resumirse en siete puntos: (a) El objetivo central de un verdadero sistema penal es la pro-

tección de la sociedad contra el crimen, no el castigo de los criminales; (b) las sentencias deberían ser indeterminadas; (c) la verdadera base para la clasificación es el "carácter", no la conducta; (ch) las causas del crimen están primeramente en la persona y secundariamente en las circunstancias que la rodean; (d) el cambio buscado en el carácter de los delincuentes -la reformatión- es de naturaleza práctica, y tiene que ver con la vida diaria en las relaciones sociales ordinarias; (e) la educación intelectual es indispensable para rehabilitar prisioneros, y (f) el reformatorio debería contener cuartos separados para cada prisionero, un salón comedor, una biblioteca, un salón público y departamentos industriales y agrícolas organizados en plan cooperativo.

Brockway fue nombrado alcaide de la nueva institución de máxima seguridad en Elmira, N.Y., en 1876, y se le dieron manos libres para llevar a cabo sus ideas, a cuyo efecto se adecuó la legislación sobre la materia. Así, el Reformatorio de Elmira funcionó bajo las siguientes características: (a) únicamente recibió primodelincuentes entre dieciséis y treinta años de edad; (b) todos sus internos lo eran bajo sentencia indeterminada; (c) al momento de su llegada, el recluso era exhaustivamente entrevistado por Brockway, quien además de conocerle personalmente le ponía al tanto del sistema en que participaría; (ch) los reclusos se sometían a un período de observación que incluía exámenes médico y psíquico, luego se les clasificaba en base a los resultados y a sus antecedentes; (d) el tratamiento se caracterizó por la disciplina de tipo militar, el cultivo del cuerpo y de la mente, el trabajo con sistema salarial novedoso, el empleo de elementos nutritivos regeneradores, la influencia moral y religiosa y la adquisición de una profesión u oficio; (e) el tratamiento buscaba el cambio del "carácter" del recluso, y (f) el de cargo final estaría precedido por un período de liberación condicional ("on parole"), ésta se otorgaba al interno que durante seis meses observaba buena conducta y aplicación al trabajo, en el momento que tuviese un empleo en el exterior. Ya en libertad condicional, el penado era supervisado y al cabo de un período de seis meses sin tacha podría ser liberado definitivamente.

Bajo la clara influencia de Croftor y de Maconochie, Elmira se convirtió en la cuna de la sentencia indeterminada, del entrenamiento vocacional y del sistema progresivo

en Los Estados Unidos, pronto los establecimientos de este tipo abundaron en aquel país y su fama e influencia se proyectaron al extranjero.

Régimen Borstal. Impresionado por los reformatorios americanos, Evelyn Ruggles-Brise, director del sistema inglés de prisiones, en 1902 convirtió una cárcel en Rochester, Kent, en una prisión especial para jóvenes, la cual más tarde recibió el nombre de la población vecina, Borstal. El marco legal para el sistema Borstal lo proveyó la ley inglesa de prevención del crimen de 1908 ("Prevention of Crime Act"); el sistema se proponía desarrollar el carácter del joven, fortalecer su mente y proveerlo de entrenamiento vocacional, bajo condiciones que desarrollaran su responsabilidad y autocontrol. Tras su éxito en Inglaterra, fue adoptado por Dinamarca y Suecia en 1933 y 1935, respectivamente.

El régimen Borstal funcionó bajo las siguientes particularidades: (a) su clientela la constituyeron jóvenes entre dieciséis y veintiún años, luego ampliada hasta veintitrés años; (b) sus internos cumplían sentencias indeterminadas; (c) la clasificación de los reclusos se basaba en sus antecedentes y en estudios físico y psíquico; (ch) establecimientos diversificados en función de la seguridad, ubicación urbana o rural y salud mental de los internos, y (d) sistema progresivo de tratamiento dividido en cuatro grados, a saber: grado ordinario, se inicia con el rigor filadelfiano y luego se va concediendo una liberalización progresiva en cuanto al aislamiento, trabajo, instrucción nocturna y comunicación con el exterior; grado intermedio, caracterizado por la enseñanza de oficios, permisos sabatinos para jugar en grupo, primero en el salón de juego y luego al aire libre; grado probatorio, incluye lectura diaria, cartas cada quince días y actividades al aire libre; grado especial, se inicia cuando el consejo de la institución certifica que el reo puede trabajar sin vigilancia directa y entonces puede ser empleado del establecimiento, fumar un cigarrillo al día y recibir cartas o visitas una vez por semana (57).

Bajo las ideas comunes de sustitutivos de la familia y de autogobierno (58), varias instituciones para delincuentes no mayores de veintiún años han operado, entre las más destacadas se cuentan Wehrli en Suiza; Das Rauhe Haus, en Alemania, que llegó a contar con veinticinco edi

ficios al momento de morir su fundador, Johann Hinrich Wichern, en 1881; Metray, colonia agrícola fundada por el jurista Frederic Auguste Demetz en la Francia de 1840 (59), influenciada por la casa de reformación de Boston que fue fundada en 1826; la "George Junior Republic", que sustituyó a la casa de reformación de Boston, fundada por William R. George en Freeville, N.Y., en 1895 y que sirvió de paradigma para varias más en Los Estados Unidos; las colonias agrícolas fundadas por Antón S. Makárenko, (60) y la enorme comuna de Bolchevo, cerca de Moscú, que siguió su prototipo.

4.7.3. Instituciones abiertas

La institución abierta, llamada así para diferenciarla de las de seguridad máxima e intermedia, puede ser utilizada para iniciar el cumplimiento de la pena de prisión o como parte de un régimen progresivo. En esta última forma, aunque de manera rudimentaria, existía ya en Irlanda desde 1856 (Lusk), para albergar a los reclusos que se encontraban en la etapa intermedia del régimen progresivo irlandés; pero fue Suiza el país que sentó el precedente más trascendental al respecto.

Witzwil. Otto Kellerhals fundó "Witzwil" (61) en el cantón de Berna, Suiza, en 1895; igual que "Sing-Sing" fue construida por convictos (1893-1895), pero varias de sus secciones eran abiertas, propias para el sistema progresivo de tratamiento que en ella se llevaría a cabo. Albergó delincuentes prisioneros que purgaban sentencias hasta de tres años de duración, bajo un sistema de tratamiento dividido en tres etapas, a saber: primera etapa, confinamiento celular nocturno y trabajo en congregación durante el día, por un período de tres meses mínimo; segunda etapa, una vez que el convicto cumplía la primera mitad de su sentencia, era promovido a la llamada clase dos, con posibilidades de ocupar mejores puestos en los trabajos y obtener mayores ingresos, a la vez que disminuía el grado de supervisión de que era objeto; tercera etapa, los reclusos eran cambiados a otras secciones donde vivían con el personal casi como trabajadores libres. Las medidas disciplinarias que se utilizaron consistían en confinamiento en la celda de castigo, degradación a una clase más baja y pérdida del permiso para trabajar en los campos.

En su sexagésimo aniversario (1955), el complejo "Witzwil" estaba integrado por 152 edificios, 124 de los

cuales fueron construidos por los internos, y tenía 400 re-sidentes, 300 de ellos en secciones abiertas. El enfoque de Kellerhals fue seguido por otros cantones y en el ex-tranjero: Dinamarca, en 1918; Los Estados Unidos, donde Amos Butler abrió la Granja del Estado de Indiana ("Indiana State Farm") y el Estado de California abrió Chino, a unas cuantas millas de Los Angeles, en 1941; Finlandia, con su campo de trabajo de Helsinki, en 1950.

Definitivamente los países escandinavos son líderes en experiencia con instituciones abiertas, en Suecia, por ejemplo, más de la tercera parte de sus prisioneros están en centros completamente abiertos; esto es, sus moradores tienen la obligación de residir en el establecimiento y la prohibición de salir sin permiso, pero por lo demás viven en un régimen de casi completa libertad. En Latinoamérica la experiencia es poca: Brasil, Argentina, México y Costa Rica se cuentan entre los países pioneros (62).

La institución o establecimiento abierto (63) fue caracterizado por el XII Congreso Internacional de Derecho Penal y Derecho Penitenciario de la Haya, en 1950, y por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, de la siguiente manera: (a) la ubicación del establecimiento debe ser preferentemente en el campo, pero cerca de centros urbanos que faciliten la rehabilitación, para lo cual se desarrollarán labores de concientización y de apoyo; (b) su régimen prevaletante es de confianza y responsabilidad personal, por lo tanto no se oponen obstáculos materiales para la evasión (ausencia de muros, rejas, cerraduras o guardas suplementarios); (c) en ellos se fomentará la formación industrial y profesional en talleres y campos agrícolas equipados para el efecto; (ch) el personal penitenciario a cargo debe estar adecuadamente preparado, llamando la atención el hecho de que sean buen ejemplo para los presos; (d) los internos, cuyo número no debe ser elevado, son escogidos luego de concienzudos estudios en un centro de observación especializado; y (e) la disciplina del establecimiento se mantiene inculcando a los presos el sentimiento de responsabilidad personal.

4.7.4. Tratamiento progresivo técnico

Con la irrupción científica que ha caracterizado al mundo a partir de las últimas décadas del siglo XIX y particularmente con los desarrollos de las ciencias sociales, más concretamente de la conducta, las explicaciones sobre la delincuencia se han diversificado (64) y las deficiencias de la reacción social contra ella se han hecho más evidentes. El reclamo por tratamiento, como respuesta a la conducta criminal, llevaron al ideal de rehabilitación, incluyendo la reintegración social más tarde, a ocupar, si no todo el escenario, sí un lugar privilegiado en el campo de los fines de la pena. A nivel internacional esto se vio confirmado e impulsado por los resultados del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, entre los que sobresalen las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" (RM o Reglas Mínimas) y las "Recomendaciones sobre Selección y Formación del Personal Penitenciario" (65), así como por los esfuerzos tendientes a su implantación llevados a cabo por los países miembros, que en México se vieron sistematizados a partir de la expedición de la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (NM o Normas Mínimas) y la reforma penitenciaria subsecuente (66). Elemento fundamental en estos esfuerzos es el llamado tratamiento progresivo técnico (67). A la vez, la tendencia a subsanar o aminorar los defectos de la prisión, ha llevado a la creación y/o mejoramiento de otras instituciones penológicas que se insertan en el desarrollo del régimen progresivo técnico; cuales son, la libertad condicional o preparatoria y su contraparte la retención, la remisión parcial de la pena y la semilibertad o preliberación.

El tratamiento progresivo técnico, es "tratamiento" porque es terapia individual que sigue el modelo médico: así como al enfermo se le administra tratamiento hasta que sana, al delincuente -reputado enfermo por este enfoque- en el sentido de que algún defecto en la estructura de la personalidad o socialización lo ha llevado a delinquir, se le da su tratamiento hasta que se le readapta socialmente. Por ello es común encontrar vocablos y conceptos antes sólo de uso médico, en la jerga penitenciaria, tales como, diagnóstico, pronóstico, terapia, convalecencia, tratamiento institucional, tratamiento ambulatorio, recuperación, etc. Es "progresivo" porque se desarrolla en etapas lógicas

mente encadenadas y sucesivas, en las que la educación, el trabajo y la disciplina ocupan un lugar de importancia, hasta llegar a la liberación, ya que su objetivo -la readaptación social- no puede lograrse de un golpe. La divisa "técnica" o "científica" es de raigambre positivista y tiende a la individualización de la pena mediante el estudio integral de la personalidad del delincuente (68), con el concurso de varias ciencias y técnicas como la medicina, la pedagogía, la psicología, la psiquiatría y el trabajo social. Las fases sucesivas que caracterizan al tratamiento progresivo técnico son las siguientes (69) :

Fase de observación. En ella se sujeta al recluso a un estudio integral de la personalidad (médico, psicológico, social, pedagógico, ocupacional y psiquiátrico) que permite hacer un diagnóstico criminológico, un pronóstico criminal, y prescribir un tratamiento individualizado. Este trabajo lo lleva a cabo un cuerpo colegiado interdisciplinario en un período de cuatro a ocho semanas, y tiene por objeto determinar el grado de readaptabilidad del interno, dado por su capacidad delictiva y su peligrosidad social, y señalar los regímenes de trabajo, educación y disciplina a que será sometido en la siguiente etapa. Este conjunto de conocimientos permite hacer la clasificación del interno en el establecimiento y grupo apropiado, en función de su capacidad, peligrosidad, edad y salud mental y física.

Fase de tratamiento. Se integra por dos etapas: tratamiento en clasificación y tratamiento preliberacional; el primero se desarrolla a partir de la resolución correspondiente emitida por la autoridad ejecutora, en el reclusorio asignado y bajo los regímenes de trabajo, educación y disciplina prescritos. Es de duración indeterminada y normalmente se permite la interacción de los reclusos, tanto en las áreas de trabajo y comedores como en las actividades educativas, las habitaciones y campos de recreo; también se le facilita la comunicación con el exterior. El tratamiento preliberacional o régimen de prelibertad se inicia con razonable anticipación al momento de la obtención de la libertad y previo dictamen del cuerpo colegiado interdisciplinario; puede consistir en diversas medidas, no excluyentes entre sí, tales como orientación especial, concesión de mayor libertad dentro del establecimiento, traslado a la institución abierta y salidas de variada índole. Con la etapa de prelibertad, además de atenuar el choque psíquico que el interno tendría al ser liberado de

súbito (70), se busca que éste se familiarice con el medio en que habitará cuando sea excarcelado, que obtenga trabajo antes de acceder a la libertad, que su familia lo acepte de vuelta en un clima favorable para su futura vida y que disminuya el rechazo social por el liberado (71).

Fase de reincorporación social. Se inicia con la obtención de la libertad, sea esta definitiva o provisional en cualquiera de sus especies: preparatoria, condicional, y aun en ocasiones caucional y protestatoria. Durante esta fase se proporciona asistencia al liberado, que en palabras de Sergio García Ramírez consiste en "el conjunto de medidas, de supervisión y de ayuda material o moral, dirigidas fundamentalmente al reo liberado de una institución penal, a fin de permitir y facilitar su efectiva reincorporación a la sociedad libre" (72).

Como se puede apreciar por la descripción que precede, el tratamiento progresivo técnico presupone, además de una estructura jurídico-normativa que lo sustente, la existencia de personal idóneo, de centros de reclusión generales y especiales y de instituciones abiertas, así como de una serie de elementos objetivos como la clasificación y los métodos o técnicas de terapia. El organismo especializado es de particular importancia, en las NM es denominado Consejo Técnico Interdisciplinario y se integra, a la manera de los comités de clasificación norteamericanos (73), por los miembros de mayor jerarquía del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia, entre quienes siempre se incluirá a un médico y a un maestro normalista. Lo preside el director del establecimiento, ya que supone uno por cada institución, y se le asignan funciones consultivas necesarias para la aplicación individual del sistema progresivo, así como para la ejecución de medidas preliberacionales, la concesión de la remisión de la sanción, de la libertad preparatoria y la aplicación de la retención.

La "clasificación" es un procedimiento ordenador aplicado a los internos para facilitar el diagnóstico, la planeación del tratamiento y su proceso o desarrollo. Como se mencionó anteriormente, la clasificación se fundamenta en el estudio integral de la personalidad y tiene como mira la individualización del tratamiento. Empezó a utilizarse, aunque de manera incipiente, en 1790, en la cárcel de la Calle Nogal en Filadelfia, gracias a los esfuerzos de los cuáqueros. Los sistemas que más influencia han tenido

en México son el Belga, que caracteriza a los delincuentes en razón de su procedencia urbana o rural, educación, instrucción, duración de la pena, calidad de primarios o reinvidentes, clase de delito y peligrosidad (74); y el practicado en el centro de Rebbibis, Roma; que sirvió de modelo a las Normas Mínimas.

El aspecto diagnóstico de la clasificación puede llevarse a cabo en una unidad de diagnóstico y clasificación anexa a la prisión, caso de México, o en un centro de diagnóstico y clasificación, que es una institución de recepción independiente que puede ser estatal, regional o a un nacional, de acuerdo a las necesidades y condiciones en que se preste el servicio. El siguiente momento de la clasificación, que consiste en la asignación del recluso al lugar en que compurgará su condena, bajo un régimen de trabajo, educación y disciplina predeterminados, demanda la existencia de establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.

La labor del consejo técnico apenas empieza al asignarse institución de destino al interno, ésta continuará en los programas de trabajo, educación y entrenamiento vocacional; en las actividades recreativas y en el estudio y la revisión continua del progreso del interno en la institución; en la reclasificación o cambio en el programa general de tratamiento, la preparación de reportes acerca de la idoneidad del interno para tratamiento preliberacional, para la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria o para la aplicación de la retención, en su caso. Así concebida, la clasificación es un registro acumulativo de toda la información significativa, desde el momento en que se inicia la ejecución de la sentencia, cuando no sea desde que el interno quede sujeto a proceso, hasta el momento en que se le libere.

En la raíz del concepto de "tratamiento" (75) está presente la idea de métodos o técnicas de terapia, además del trabajo y la educación, alimentados básicamente por las ciencias de la conducta. Sobresalen los métodos psicológicos, derivados en principio de la interpretación y tratamiento de conductas desviadas hechas por Sigmund Freud (1856-1939), Alfred Adler (1870-1937) y Carlos Gustav Jung (1865-1961), e impulsados por Franz Alexander y Hugo Staub (1929); y luego, con su aplicación simultánea a varios in-

dividuos, se han originado otras técnicas colectivas; tales como: terapia de grupo (Fort Knox, Highfields, Provo); psicoterapia de grupo (California); comunidad terapéutica (Ohio, A.A.); psiquiatría social (Inglaterra) y el concepto Synanon (de symposium and seminar), iniciado por Charles E. Dederich ("Chuch") en California y luego difundido en Nueva York, Detroit y otros estados de la Unión Americana. Destacada labor en el tratamiento de delincuentes con personalidad anormal, pero no inimputables, han desarrollado Dinamarca y Suecia en sus centros Hervester y Røxtuna, abiertos en 1935 y 1955 respectivamente y que han servido como modelo para otros países.

4.8. Arquitectura de la prisión

Si ha de entenderse la arquitectura como el arte de proyectar, construir y adornar los edificios conforme a reglas determinadas; ha de aceptarse también que los primeros receptáculos que sirvieron como depósitos de cuerpos privados de libertad: jaulas, pozos, cavernas, cisternas, calabozos, etc; nada tenían que ver con este arte. Fue durante la Edad Media, por el siglo XII, cuando empezó a ser más común la construcción de prisiones, y éstas fueron más bien privadas o eclesiásticas que del Estado. En ellas está presente el rigor de la vida monástica, de tal suerte que su denominador común es la celda individual, con el equipamiento indispensable que permitirá a su morador trabajar y meditar sin contacto con el exterior. Poco después, la Inquisición mostró preferencia por la reclusión en celdas individuales, subterráneas mayormente (76).

La práctica estadual fue encerrar a los enemigos (delincuentes políticos), en recintos de máxima seguridad, a cuyo efecto sirvieron fortalezas, castillos y torres. Cuando el Estado empieza a recurrir con más frecuencia al uso de la prisión, es significativa la reconstitución de conventos en cárceles; así pasó con el "Rasphuis" y el "Spinhuis" holandeses, con el presidio de Valencia que dirigiera el coronel Montesinos, y con innumerables instituciones en todo el mundo.

A propósito de arquitectura penitenciaria, cobra interés recordar aquí las ideas de Cerdán de Tallada, fiscal, juez y regente del Supremo Consejo de Aragón (siglo XVI - XVII), y reformador penitenciario en su tiempo, con respecto a la apariencia de las cárceles: "la cárcel tiene que

estar formada de piedras rústicas para que aparezca temible, pero de tal manera que los prisioneros no sean privados de la luz del cielo" (77). Por su parte Francesco Milizia, arquitecto veneciano del siglo XVIII, sugería como características de la prisión: "muros altos y gruesos con apéndices fieros que proyecten las más horribles sombras", "entradas repulsivas tipo caverna" y "espantosas inscripciones", "deben inspirar obscuridad, amenaza, ruinas, terror" (78). Viene al caso ahora lo que escribiera Antonio Huitrón en 1953, a propósito de las prisiones del Estado de México, y que en ese tiempo describía bien la situación en todo el país: "Nuestras cárceles improvisadas y arcaicas son viejos caserones, derruidos, edificios las más de las veces del tiempo de la colonia; verdaderas mazmorras, tugurios insoportables o socavones oscuros que esconden todo un mundo de miseria y de dolor". (79)

Con el concepto de prisión celular se empezaron a experimentar modelos arquitectónicos, entre cuyos antecedentes de importancia se encuentran el correccional de Florencia de Filippo Franci u Hospicio de San Felipe Neri (1677); el Hospicio de San Michele (1703), diseñado por Carlos Fontana y que consistió, por lo que ahora interesa, en un bloque celular rectangular de sesenta celdas en tres pisos, orientadas hacia un patio interior, donde había un local común distinguido con un enorme letrero que ordenaba "silentium" a los reclusos que hilaban y tejían encadenados a los bancos que les servían de asientos; y el correccional de Milán (1766), que contenía más de un centenar de celdas y amplios salones para trabajo en congregación.

4.8.1. Sistema radial

Fue en la prisión de Gante (1775) donde se aplicó el primer modelo arquitectónico que más influiría en su tiempo y que combinado con la idea del panoptismo serviría a los dos grandes sistemas celulares americanos ya comentados, y con anterioridad, a la reforma penitenciaria planteada por John Howard en Inglaterra.

Las ideas carcelarias de Vilain XIV, burgomaestre de la ciudad de Gante, que consistían en aislamiento celular nocturno; separación de sexos; clasificación basada en edad, grado de criminalidad y duración de la condena; trabajo productivo en común; capacitación para el trabajo; restricción de castigos corporales; orden, moderación y sa-

lubricidad; requerían de una instalación ad hoc, la que fue diseñada por el arquitecto Verlain y consistió en un octágono radial (polígono de cuyo centro irradian los pabellones celulares y los talleres) que se propagó en sus formas de estrella y media estrella, principalmente.

Fue el arquitecto inglés William Blackburn, amigo y consejero de John Howard, quien aplicó en Inglaterra el plan radial ya influenciado por el panoptismo, al construir dieciocho cárceles entre 1784 y 1818; lo mismo hizo Joshua Jebb en la prisión de Pentonville, (Londres) en 1842, que sirvió de modelo arquitectónico para las prisiones de España, Suiza, Austria, Hungría, Portugal, los países escandinavos, Japón, y poco después Rusia y Francia (80).

En América el diseño radial fue seguido por el arquitecto John Haviland en la "Eastern Penitentiary" o "Cherry Hill" (1829), que por cierto fue el primer edificio público en Los Estados Unidos en usar agua caliente, calefacción e inodoros con chorro de agua; así como en la reconstrucción de la "Western Penitentiary" en Pittsburgh, Pensilvania, y en la prisión de Trenton en Nueva Jersey (1833-1836).

Su influencia arquitectónica llegó principalmente a Bélgica, que en el siglo XIX renovó sus prisiones a la manera radial en sus diversas especies -poligonal como "Cherry Hill" y Trenton; en forma de V como la "Western Penitentiary" o de X. En México, señaladamente, la prisión porfiriana de Lecumberri, excelente en su tiempo, pero por desgracia cerrada hasta 1976, tras 75 años de negra historia, siguió el prototipo radial y poligonal (81).

4.8.2. Panoptismo

Jeremías Bentham ideó su modelo penitenciario en 1787, el cual consistió en una construcción cilíndrica de varios pisos, semejante a un tambor gigante, con las celdas en las paredes, orientadas hacia el centro donde se localizaba el puesto de vigilancia. Michel Foucault lo describe con elocuencia:

"En la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos

ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra que da al exterior, permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante en la torre central y... por efecto de la contraluz, se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de la periferia". (82) Así, "el panóptico es una máquina de disociar la pareja ver-ser visto: en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre, se ve todo, sin ser jamás visto". (83)

Como el panoptismo es adaptable a cualquier función: educación, terapia, producción o castigo; Bentham destaca su polivalencia práctica señalando que es capaz de "reforzar la moral, preservar la salud, revigorizar la industria, difundir la instrucción, aliviar las cargas públicas, establecer la economía como sobre una roca,... todo esto por una simple idea arquitectónica" (84) Por ello lo recomendaba para prisiones, escuelas, hospitales y talleres o fábricas.

Aunque en su forma pura el panoptismo no fue adoptado en la práctica, la idea fue combinada con el modelo radial y se produjeron algunas variedades, pero como eje del sistema prevaleció la sala central de inspección. Hubo interés especial en el panoptismo en Francia, Holanda, España y Estados Unidos. Jolliet en Illinois, Estados Unidos, e Isla de Pinos en Cuba, se apegaron al modelo benthamiano.

4.8.3. Sistema de peine

Desde el siglo XVIII se usó un nuevo diseño para la construcción de hospitales; consistía en un corredor central o edificio administrativo orientado de norte a sur, a donde convergían edificios paralelos entre sí que miraban hacia el este o el oeste, para facilitar la recepción de la luz solar. Este modelo lo aplicó Francisque Henri Poussin en la prisión parisina de Fresnes, que ha servido como prototipo; se le conoce indistintamente como espina de pescado, peine doble y palo de telégrafo o de teléfono. Alfred Hopkins lo introdujo en Los Estados Unidos en 1913, en la prisión de seguridad media de Nueva York y en la de Lewisburg; también Japón lo puso en práctica en la prisión de Yonago, en 1923; Brasil, en la penitenciaría de Río de Janeiro; en fin, fue adoptado en casi todo el mundo gracias a las venta

jas sobre sus antecesores, particularmente en cuanto a higiene, ventilación, luz y calor de las celdas; y por ser más consecuente con el modelo médico correccionalista. En México empezó su influencia tardíamente en el Distrito Federal y en los estados de México, Michoacán y Sinaloa.

4.6.4. Orientación moderna

En la medida que los métodos de tratamiento se fueron diversificando, la prisión fortaleza -como prototipo arquitectónico- cedió en parte (85) su lugar a instituciones diversificadas también, cuyos diseños han requerido mayor acopio de ingenio y tienden a minimizar los aspectos punitivos de la prisión. Tales inquietudes se dejan ver en el "noche de teléfono"; en la eliminación de los muros perimetrales; en las instituciones de seguridad mínima que más bien parecen escuelas, donde se usan materiales de construcción comunes, cristales y colores vivos, y prevalecen las unidades de vivienda pequeñas e informales. Así se confirma el concepto de que "la arquitectura penitenciaria no la dan solamente las paredes de un establecimiento, sino la filosofía del sistema que ha de utilizarse". (86) La preocupación técnica y la filosofía reductora de los efectos punitivos de la prisión, prevalecieron en México durante el sexenio del gobierno federal 1970-76, que promovió y apoyó en todo el país la construcción de decenas de reclusorios modernos y bien dotados (CERESOS), de acuerdo al diseño de Centro de Readaptación Social Tipo logrado en la Secretaría de Gobernación, con el concurso de arquitectos, ingenieros, juristas y criminólogos (87).

4.9. Progresión del derecho penitenciario

Tal vez no exista rama del Derecho cuya formación y lucha por la identidad haya sido más difícil y solitaria que la del derecho penitenciario; unas veces otorgado graciosamente, otras, tal vez las más, arrancado por presiones colectivas de los encarcelados o de sus denodados defensores; pero siempre ha tenido que luchar contra las fuerzas de la inercia y hasta de la oposición "razonada" que se resisten al cambio. Esta disciplina, con profundas raíces en la filantropía penitenciaria de la segunda mitad del siglo XVIII y nutrida por el positivismo criminológico una centuria después, paulatinamente alcanzó el rango de derecho y conquistó su autonomía científica y legislativa, despojándose así de su carácter ancilar respecto al derecho penal (88).

Aunque el epíteto: "penitenciario", nació para designar exclusivamente cierta modalidad de ejecución de las penas privativas de libertad, inspirada en el sentido de penitencia o expiación reformadora, puesta de moda en el mundo por los cuáqueros de Pensilvania en la primera mitad del siglo XIX, el profesor de la Universidad de Roma, J. Novelli, creador de la primera cátedra de derecho penitenciario, lo definió en 1933 como el "conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución" (89), de suerte que con tal connotación se pretendía abarcar la ejecución de todo tipo de penas y aun de las medidas de seguridad. Ya en nuestro tiempo, superadas las confusiones, la denominación: "derecho penitenciario", está referida a la preceptiva jurídica que tiene por objeto exclusivamente la ejecución de la pena privativa de libertad; a la vez que al conjunto normativo coactivo que tiene por objeto la fase ejecutiva de las penas en general, se le denomina derecho ejecutivo penal. Empero, merced a la presencia avasalladora de la prisión en el escenario de las penas y a su bicentenaria evolución, el derecho penitenciario ha prevalecido como ejecutivo penal por excelencia; sin embargo, parece que en el futuro próximo, si no es que ya sucedió, ha de entregar la estafeta a éste para que continúe bregando por el desiderátum que le dio origen, cual es, sustraer la ejecución penal, ahora en sentido lato, del arbitrio administrativo y garantizar su legalidad, normándola y asignándola a autoridades especiales; en otras palabras, arraigar el dogma "nulla executio sine lege", equiparable al principio "nulla poena sine lege" que parecía detener su imperio en los umbrales de las prisiones, donde más se necesitaba (90).

4.10. Conclusión

4.10.1. Atendiendo a los datos que arrojan la literatura y el folklore, parece razonable concluir, por un lado, que la privación legal de la libertad ha evolucionado de sus usos cautelares -como custodia en tanto se ejecutaba el castigo o se realizaba el proceso, o como medio para la ejecución de la pena- hasta llegar a convertirse en la pena por excelencia, sin dejar su primera función; y por el otro, que en su uso primordial o primitivo, cualquiera que éste haya sido, es tan antigua como los primeros grupos sociales.

4.10.2. Mientras que el origen de la prisión purgatoria es impreciso, aparece claro que su evolución durante la Edad Media está vinculada con las prácticas monásticas eclesiales y con el sistema judicial de la Iglesia; aun más, se atribuye a ésta el haber sido la primera institución que la usó en amplia escala, siendo hasta las postrimerías del siglo XVIII cuando el estado laico la empezó a invocar con cierta recurrencia, aunque la reservó para delitos menores, ocupando tal medida una posición intermedia en el catálogo de penas de la época, entre la simple multa y el castigo corporal leve, y la deportación, el destierro y la pena de muerte.

4.10.3. Aunque parece que las condiciones de miseria humana han sido males endémicos de la prisión en todas sus épocas, la situación se agravó al aplicarse la reclusión penal por los delitos menores durante los siglos XVII y XVIII. Depósitos inmundos e infectos; plagados por el hacinamiento, la promiscuidad, el ocio, la corrupción, la enfermedad y los regímenes disciplinarios arbitrarios, daban el perfil de la prisión típica de aquel entonces. Entre tanto, los principios de corte liberal humanitario que nutrirían al nuevo derecho penal cobraban creciente fuerza. Así las cosas, el escenario quedó listo para la reforma humanista estallada por Beccaria y emprendida en las cárceles por John Howard y la pléyade de reformadores humanistas que colman las páginas de la historia del penitenciarismo.

4.10.4. La reforma humanista tuvo al menos dos objetivos: "dulcificar" el régimen de la prisión, y sustituir las penas corporales por otras medidas menos severas y más racionales. Como consecuencia, y a pesar de que teóricamente no era esta la pretensión, la prisión se generalizó como castigo por delitos mayores, sustitutiva de las penas de deportación, muerte y otros castigos atroces. Así pues, en su origen como pena generalizada, la reclusión fue una medida revolucionaria, progresista y humanitaria. Justo es reconocer que casi un siglo antes el espíritu cuáquero de William Penn ya la había concebido en esa forma en la Gran Ley de 1682, que dio origen a la colonia de Pensilvania.

4.10.5. La reclusión celular, ya practicada por la Iglesia durante la Edad Media, fue objeto de experimentos laicos en los siglos XVII y XVIII (Hospicio de San Felipe Neri, 1677; San Michele, 1703; Milán, 1766; Gante, 1775), pero los hechos muestran que la filosofía y práctica del

confinamiento solitario prosperó primero en Inglaterra, don de ante los impulsos proporcionados por J. Hanway, J. Howard, W. Eden y W. Blackstone, se construyó en Horsham Essex la primera de varias prisiones celulares, en 1779. Luego, el código penal de José II de Austria, en 1785, prescribió un régimen de aislamiento celular continuo, dulcificado y con trabajo obligatorio. De lo anterior se desprende que la "casa penitenciaria" de Filadelfia (1791) y el mismo sistema pensilvánico, no tuvieron mucho de original; en buena medida lo que hicieron fue combinar lo ya experimentado en otras latitudes, de lo que la Sociedad de Filadelfia estuvo bien informada. Empero, por un lado, el prestigio de la joven república, lo bien elaborado del sistema celular y sus ventajas comparativas supuestas, y por el otro, la predisposición y necesidades de los países extranjeros, sobre todo los europeos, permitieron que el modelo norteamericano de prisión celular se adoptara en virtualmente todo el mundo civilizado de entonces.

4.10.6. Tal parece que la idea de corrección del penado ha estado presente en todo momento en la historia de la pena, aun durante el período de las penas atroces y los suplicios; y en tratándose de la prisión, desde el modelo inglés de J. Hanway, expuesto en 1775, se le concedieron tres atributos: prevención general, por intimidación; condición propicia para el aprendizaje; y prevención especial, por ser un instrumento de conversión, de transformación del alma, pues se creía que al proveer soledad, propiciaría reflexión y ésta a su vez remordimiento que implicaba penitencia y expiación y por lo tanto se obtendría la reforma del penado.

4.10.7. A poco de propagarse los sistemas celulares, sus deficiencias se hicieron evidentes y pronto comenzaron a surgir las reformas, que a la vez que moderaban el aislamiento, pretendían mejorar el proceso de regeneración del delincuente. Así surgieron los primeros sistemas progresivos, contándose entre los más trascendentales innovadores a Montesinos, Maconochie, Crofton y Brockway, cuyos modelos representaron enfoques más humanitarios y prohicieron la flexibilidad ejecutiva y hasta la indeterminación penal.

4.10.8. El desarrollo de la ciencia penitenciaria, nacida en la cárcel de la Calle Nogal de Filadelfia, y la irrupción de la criminología constituyeron el motor de la reforma científica, que bajo el influjo de los postulados

positivistas y de las ciencias de la conducta, concentró sus esfuerzos en la rehabilitación del delincuente, para lo que paulatinamente configuró el denominado tratamiento progresivo técnico, que se caracteriza por la discreción penal, el equipo técnico multidisciplinario, el estudio integral de la personalidad y las aproximaciones sucesivas del condenado hacia la libertad.

4.10.9. En la reforma científica de la reclusión de g ta ca n el rechazo a la rigidez penal, la tendencia a aferrar se a la prisión como pena y la paradójica inclinación por convertir a ésta en medio de libertad, a través de instituciones como la preliberación, la libertad condicional y la prisión abierta. Parece ser que en el fondo conviven dos grandes preocupaciones: (a) la equidad, misma que se pretende lograr a través de la individualización penal, que requiere por fuerza poder discrecional, y (b) la defensa de la sociedad, que se busca mediante la readaptación social del penado o mediante su incapacitación para delinquir. Para lograr esta doble tarea se ha adoptado una filosofía y se ha seguido el método, consecuente con aquélla, de con ceder al órgano ejecutor de sanciones toda la flexibilidad de que antes se hizo depositario al magistrado, para que prescriba y administre el tratamiento rehabilitador. De ma ne ra que en esta fase se concentran los esfuerzos por readaptar al delincuente: se han creado nuevas instituciones jurídico-penitenciarias, se han mejorado y diversificado los establecimientos de retención, se han creado y perfeccionado el personal y los servicios penitenciarios, se ha privilegiado el trabajo multidisciplinario, y los insumos materiales se han multiplicado- todo ello con la pretensión de prescribir y administrar un tratamiento rehabilita do r a cada reo. Sin embargo, quién sabe si no, en el afán por lograr la individualización penal y la readaptación, se haya incurrido en una violencia inexcusable: la enajena ci ón, la despersonalización del penado. De ser así, tendría que admitirse que la filosofía subyacente, y con se cu en te m en te el método, están errados.

4.10.10. La reciprocidad entre arquitectura penitenciaría y la filosofía del sistema penal en vigor, se aprecia claramente al hacer un análisis retrospectivo de ambas categorías. Cuando prevaleció el rigor y la severidad, los medios de privación de la libertad utilizados fueron pos tes, cavernas, pozos, jaulas, cisternas y calabozos; luego fueron conventos, fortalezas, castillos o torres que fun-

cionaron como depósitos de cuerpos. Enseguida, bajo la influencia humanitaria, surgen las instalaciones ex profeso, que sin dejar de ser seguras, austeras e intimidantes, facilitaron el desarrollo del saber penitenciario (sistema radial y panoptismo). Más tarde, a medida que el ideal rehabilitatorio se fortaleció y los métodos de tratamiento se multiplicaron, sucedió algo similar con las instituciones o establecimientos penitenciarios: se diversificaron y sus diseños se orientaron a minimizar los aspectos punitivos de la prisión (sistema de peine e instituciones pequeñas de mínima seguridad).

4.10.11. El derecho ejecutivo penal nació como penitenciario. Tiene como desiderátum sustraer la ejecución penal, no solo la ejecución penitenciaria, del arbitrio administrativo y garantizar su legalidad, normándola y asignándola a autoridades especiales ("nulla executio sine lege").

NOTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO IV

1. Norman Bruce Johnston, The human cage: a brief history of prison architecture, New York, published for the American Foundation, Incorporated Institute of Corrections, Philadelphia, Penn. by Walker and Company, 1973, p. 63.
2. Constanancio Bernaldo de Quirós, Lecciones de derecho penitenciario, México, Imprenta Universitaria, UNAM, 1953, pp. 42-43.
3. Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, t.1, 9a. ed., México, Editora Nacional, p. 704.
4. Constanancio Bernaldo de Quirós, op. cit., pp. 43 y ss.
5. Idem.
6. William G. Nagel, The new red barn: a critical look at the modern american prison, New York, Walker and Company, 1973, p. 2.
7. Max Grunhut, Penal reform, Oxford, England, The Clarendon Press, 1948, p. 12.
8. Ibid., pp. 21-22.
9. Norman Bruce Johnston, op. cit., pp. 16-17.
10. William G. Nagel, op. cit., p. 5.
La Iglesia organizó la prisión como pena sujetando a los reclusos a un régimen de penitencia en lugares de soledad y reflexión, encaminada a una finalidad moral: la salvación del alma mediante el arrepentimiento o enmienda.
11. Así Cuello Calón, op. cit., pp. 696 y 704; William Nagel, Ibid., p. 1; Norman Bruce Johnston, loc. cit., etc.

12. Darío Melossi y Massimo Pavarini, Cárcel y fábrica, México, Editorial Siglo Veintiuno, 1980.
Darío Melossi hace una clara descripción del proceso de transformación de la sociedad feudal en los países europeos, en la introducción de su trabajo intitulado: "Cárcel y trabajo en Europa y en Italia en el período de la formación del modo de producción capitalista", que constituye la primera parte de la obra de referencia. Este apartado, "Primeras experiencias masivas", está basado en Melossi y en la obra de Eriksson que se refiere en la nota 15.
13. Ibid., p. 34.
14. Ibid., p. 58.
15. Torsten Eriksson, The reformers: an historical survey of pioneer experiments in the treatment of criminals, New York, Elsevier, 1976, pp. 26-31.
Aunque Kabilón bosquejó su plan de 1690 a 1695, no fue publicado antes de 1724.
16. Las "workhouses" fueron creadas y se propagaron primero en los países reformados; si bien las explicaciones pueden ser múltiples, una de ellas es sin duda la religiosa, donde encuadrarían características como: el alto sentido del bien, el rechazo del relajamiento individual y social, la preferencia por la disciplina y la autoridad, y la vocación religiosa por el trabajo. Sobre estos aspectos, que constituyen en parte lo que se ha llamado "ética protestante", se ha escrito mucho y se les ha vinculado con el desarrollo económico y social de los pueblos.
17. Luis Marcó del Pont, Derecho Penitenciario, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1984, pp. 55 y ss.
Luis Marcó del Pont, en la obra de referencia, consigna en el capítulo III "Precursores del penitenciarismo", información importante sobre: Bernardino de Sandoval, Cerdán de Tallada, Cristóbal de Chávez, John Howard, Elizabeth Frey, Jeremías Bentham, Pablo Marat y el mismo Beccaria, que corresponderían propiamente al siglo XVIII.

18. Javier Piña y Palacios, "La Cárcel Perpetua de la Inquisición y la Real Cárcel de Corte de la Nueva España", Criminalia, no. 11-12, México, 1973, pp. 428-472. Aquí el autor hace un estudio histórico, por demás interesante, tanto de una cárcel secular como de una del Santo Oficio; que podríanse considerar como representativas de la época colonial en la América Hispánica.
19. William G. Nagel, op. cit., p. 6.
El autor nos informa que en Pensilvania, por ejemplo, los registros muestran que los prisioneros perecían de hambre.
20. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, tr., pról. y epíl. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Editorial J.M. Cajica, 1957, pp. 107-108.
21. John Howard, The state of the prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals, 4th, ed., London, J. Johnson, C. Dilly and T. Cadell, 1972.
22. Torsten Eriksson, op. cit., pp. 43-44.
23. Michel Foucault, Vigilar y castigar, 6a. ed., México, Editorial siglo veintiuno, 1981, pp. 127-128.
24. Citado por Melossi en op. cit., p. 110.
25. David Fogel, "... We are the living proof...", en The justice model for corrections, Cincinnati, USA, The W.H. Anderson Company, 1975, p.10.
26. William G. Nagel, loc. cit.
27. Benjamín Franklin, Autobiografía y otros escritos, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, pp. 133-34.
En tono sarcástico, Franklin acota a propósito de la práctica penal inglesa: "esta exportación de criminales a las colonias puede considerarse como un comercio... todo comercio implica un intercambio... y las serpientes de cascabel parecen la más adecuada recompensa a cambio de las serpientes humanas que nos envía nuestra madre patria. Sin embargo, en éstas como en otras ramas del comercio, las ventajas serán para ella,... porque las serpientes de cascabel avisan an

tes de lanzarse al ataque, cosa que los reos criminales no hacen."

28. Sol Rubin, The law of criminal correction, St. Paul, USA, Minnesota West Publishing Co., 1973, p. 28.
29. Para mayor información sobre las ideas de William Penn y su trascendencia, véase Negley K. Testers, The cradle of the penitentiary, Philadelphia, Temple University, 1955.
30. Massimo Pavarini, "La invención penitenciaria: la experiencia de Los Estados Unidos de América en la primera mitad del siglo XIX", en Darío Melossi y Massimo Pavarini, loc. cit.
31. Torsten Eriksson sostiene que la primera sociedad de ayuda a los prisioneros en el mundo fue fundada por Richard Wistar, cuáquero templador de Filadelfia, en 1776, aunque se desorganizó un año más tarde. op. cit., p. 45.
32. William L. Virgil, Dictionary of american penology, USA. Greenwood Press, Inc., 1979, pp. 199-202.
33. Michel Foucault, op. cit., pp. 128-131.
34. El sistema pensilvánico de disciplina penitenciaria también suele ser referido como: Sistema de Confinamiento Solitario ("Solitary Confinement System"); Sistema de Separación de Pensilvania ("Pennsylvania Separated System"); Sistema de Filadelfia o Filadelfiano; y aun Sistema Celular, aunque esta denominación genérica nos parece inapropiada, precisamente porque carece de especificidad y se presta a confusión con otros sistemas celulares.
35. Gustavo Augusto de Beaumont y Alexis de Tocqueville, On the penitentiary system in The United States and its application in France, USA., Southern Illinois, University Press, 1964.
36. Michel Foucault, op. cit., p. 239.

37. Thorsten Sellin, "The origen of the Pennsylvania System of Prison Discipline", en George G. Killinger and Paul F. Cromwell, Jr. ed., Penology: the evolution of corrections in America, St. Paul, Minn., West Publishing-Co., 1973, p. 13.
38. La siguiente declaración del capitán Lynds describe de por sí su carácter: "El castigo del látigo es el más eficaz y al mismo tiempo el más humano que existe... por eso creo que es imposible gobernar una prisión grande sin usar el látigo. Sólo quien conoce la naturaleza del hombre únicamente a través de los libros, puede opinar lo contrario".
39. "Sing-Sing" es una exoresión india que significa "pie - dra sobre piedra".
40. Una descripción muy detallada de la disciplina en "Sing Sing" se encuentra en Lewis E. Lawes, Twenty thousand years in Sing-Sing, New York, Long and Smith, 1932, pp. 32 y ss.
41. Michel Foucault, op. cit., p. 112.
42. Ibid., p. 249.
43. Constancio Bernaldo de Quirós, op. cit., p. 100.
44. Luis Marcó del Pont, op. cit., pp. 73-78.
45. Ibid., p. 147.
46. Torsten Eriksson, op. cit., p. 92-97.
47. Nos acogemos a los conceptos de arbitrariedad y discrecionalidad como los explica Luis Recaséns Siches en su obra: Introducción al estudio del Derecho, 4a. ed; México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, pp. 107-110.
48. Esa primordial rigidez del derecho penal clásico representada por la fría figura ritual de la justicia: Temis, diosa de la profecía, hija de Urano y de Gea, esposa de Zeus, con los ojos vendados mientras sostiene una balanza en su mano izquierda, para ponderar los hechos y dichos de los contendientes en el proceso, y una espada en su mano derecha, para castigar e impo -

ner a cada quien lo suyo; poco a poco ha ido cediendo terreno. Por ejemplo, hoy día, al sancionar al delincuente cuya conducta está, por así decirlo, viciada por ignorancia o por error esencial e invencible, las leyes penales de Michoacán, Veracruz y últimamente la del Distrito Federal, facultan al juez para que aplique la pena común o la atenuada, o bien una medida de seguridad. Con ello, sin que se rompa completamente con la presunción de que "ignorantia legis neminem excusat" (la ignorancia de la ley a nadie excusa), se invoca otro viejo adagio: "iustitia fundamentum reg - norum", que sugiere a la justicia como fin supremo del Derecho; pero no a la justicia que se identifica con la legalidad, sino a la que se asimila a la equidad, ésa que no cierra sus ojos ante el delincuente, sino que los abre generosamente para reconocerle y pa ra proporcionarle, en su genuino sentido de propor - ción, "lo suyo".

49. En cuanto a la determinación de la pena, el derecho penal del D.F. sigue fundamentalmente el sistema de la determinación de la naturaleza y de la duración de la pena (Art. 51 y 52 del C.P.) ; empero, la discreción judicial en esta especie se manifiesta en otras formas: (a) facultad del juzgador para sustituir la pena de prisión, así como para revocar tales sustituciones bajo ciertos supuestos (Art. 70 a 76 del C.P.) Las penas sustitutivas previstas son: multa, trabajo en favor de la comunidad, tratamiento en libertad y semi - libertad. Además, la multa podrá ser sustituida por prestación de trabajo en favor de la comunidad o por libertad bajo vigilancia (Art. 29 C.P.); (b) facultad del juzgador para suspender otras sanciones -que no sean prisión o multa- al concederse la condena condicional; (c) facultad del juez para revocar la condena condicional, haciendo efectiva la sanción impuesta, cuando el reo viole las condiciones en virtud de las que disfruta de tal beneficio; etc.
50. Rudolf Stammer, El juez, México, Editorial Nacional, 1974, p. 84.
51. Ibid. p. 88.
52. Cf. Denis Szabó, Criminología y política en materia criminal, México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1980;

Rudolf Stammler, op. cit., passim; Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, Los fines del Derecho: bien común, justicia, seguridad, 4a. ed., México, UNAM., 1975.

53. A propósito de arbitrariedades en el recinto penitenciario y sus posibles alcances, cabe traer a colación las palabras de Leus, recordadas por Sergio García Ramírez (La prisión, p. 166) "El poder de un director de prisiones, el único hombre a quien en nuestro mundo civilizado se le permite blandir el látigo dentro de su reino, es más grande que el de cualquier otro hombre; es casi absoluto, porque incluso puede abreviar la vida del penado mediante el arresto en celda obscura y restricciones en una comida ya de por sí insuficiente. Es mucho más amplio que el poder disciplinario del superior militar, cada uno de los instantes del preso está determinado por él y lleva su cuño".
54. El juez penitenciario - juez de ejecución de penas, en Portugal; juez de la aplicación de penas, en Francia; juez de vigilancia o inspector, en Italia- reúne atribuciones jurisdiccionales y administrativas a la vez. Existe hoy en varios países entre los que destacan los ya mencionados, además de Mónaco y Brasil; sus atribuciones varían, en Italia, por ejemplo, ostenta naturaleza de órgano administrativo con funciones en materia de penas y de medidas de seguridad, resuelve inconformidades de los penados, además de sus tareas inspectoras y consultivas, y desde 1975 puede otorgar el "affidamento in prova al servizio sociale", una especie de libertad condicional; mientras que en Francia posee importantes facultades en materia de tratamiento institucional, libertad condicional, condena condicional y asistencia postliberacional. Cf. Sergio García Ramírez, op. cit. (La prisión) pp. 39-41; 118-121; Renato Breda y Franco Ferracuti, "Alternatives to incarceration in Italy", Crime and Delinquency, jan. 1980, pp. 63-69.
55. En México, el criterio legal sobre la naturaleza predominantemente administrativa de la ejecución de penas no deja lugar a dudas. Así se desprende del artículo 18 constitucional y se consigna expresamente en los códigos federal y distrital de procedimientos penales, así como en la ley de normas mínimas. Punto de vista éste que se confirmó con las reformas al CFP (Art. 1o.

40. y 50. entre otros) y con la derogación de los artículos 77 al 83 del C.P. relativos a la ejecución de sentencias, publicados en el D.O. el 10 de enero de 1986 y el 23 de diciembre de 1985, respectivamente.
56. Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 7a. ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, pp. 59-60.
57. Luis Marcó del Pont, op. cit., pp. 151-52.
58. Torsten Eriksson, op. cit., pp. 120 y ss.
59. Michel Foucault, op. cit., pp. 300-03
Aquí el autor proporciona información sobre lo que era Mettray y lo que significó para el sistema carcelario francés de la segunda parte del siglo XIX.
60. Cf. Antón Semiónovich Makárenko, Poema pedagógico, 3 t., Moscú, Editorial Progreso, s/f (originalmente Makárenko terminó de escribir ésta, que llamó: "mi obra más querida", en 1935, cuatro años antes de su muerte (1888-1939).
E. Medinski, Antón Makárenko. Su vida y labor pedagógica, Moscú, Editorial Progreso, s/f (originalmente publicada en 1949).
A través de la lectura de estas dos obras puede adquirirse una idea clara de las concepciones y prácticas pedagógico-correccionales de Antón Makárenko; las cuales estuvieron animadas por una inquebrantable fe en el hombre y en su capacidad de cambio, y se basaron en una rigurosa disciplina, orientada por el deber y el honor.
61. Witzwil era el nombre de un alto ejecutivo de una compañía, que trató de explotar el sitio como un área de construcción.
62. Luis Marcó del Pont, op. cit., pp. 155 y ss.
63. Constancio Bernaldo de Quirós, op. cit., pp.195 y ss.; United Nations, First United Nations congress on the prevention of crime and the treatment of offenders. Inform of the Secretarial, New York, 1966.
64. Los diferentes enfoques y su trascendencia en materia de política criminal se encuentran expuestos, entre

otros, por:

James McIntosh, Perspectives on marginality. Understanding deviance, Boston, USA., Allyn and Bacon, Inc., 1974; Siegfried Lamnek, Teorías de la criminalidad, México, Siglo Veintiuno Editores, 1980; Massimo Pavarrini, Control y dominación, México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1983.

65. Las "Reglas Mínimas" y las "recomendaciones" pueden consultarse en el informe que se cita en la nota 63. Además, hay una reproducción de las Reglas en la Revista Michoacana de Derecho Penal, no. 6, Morelia, 8 de mayo de 1967, pp. 177-200.
66. La misma filosofía -el ideal de rehabilitación- influyó nuestro régimen constitucional de la prisión, particularmente el Artículo 18, original y reformado. Igualmente sucedió en los códigos penales vigentes, el adjetivo de 1929 y el sustantivo de 1931; en este último destacan los artículos 51 y 52 y las disposiciones relativas a la ejecución de sentencias, ahora en su mayor parte derogadas (D.O. 23 XII-85); en el primero sobrepasa el Art. 271. Por lo que respecta al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, actualmente en vigor, es digno de mención el Art. 146. Además, tal concepción orientó la formulación y expedición de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (D.O. 19-V-71), Piedra angular del sistema penitenciario mexicano.
- La ley de normas mínimas consta de 18 artículos, organizados en seis capítulos que se refieren a: I Finalidades; II. Personal; III. Sistema; IV. Asistencia a liberados; V. Remisión parcial de la pena, y VI. Normas instrumentales. Su finalidad es organizar el sistema penitenciario en la República, conforme a ciertas bases que tratan de uniformarse a nivel nacional que se refiere a los siguientes tópicos: trabajo penitenciario con fines de terapia, capacitación y economía; educación correctiva; visita íntima; creación de establecimientos penales ad hoc; creación de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social; selección y formación de personal penitenciario; consejo técnico interdisciplinario; tratamiento individualizado y técnico; régimen peni-

tenciario progresivo técnico; reglamento interior de los reclusorios y su contenido; prohibición de pabellones o sectores de privilegiados, así como de castigos crueles; patronato para liberados; remisión parcial de la pena, y medios de instrumentación de las normas en las entidades federativas.

Las normas mínimas se refieren casi exclusivamente a la pena de prisión, a pesar de que por su denominación oficial podría esperarse más, toda vez que no todos los sentenciados lo son a pena de prisión, y sí supuestamente, todos ellos requieren readaptación en alguna medida, admitiendo que se trate de sentencia condenatoria.

67. La denominación, así como los elementos que constituyen el tratamiento progresivo técnico, están estrechamente relacionados, en nuestro caso, a la Ley de Ejecución de Penas... del Estado de México, puesta en vigor en abril de 1966 y al Reglamento del Centro Penitenciario del mismo Estado, en vigor desde 1969.
68. Sergio García Ramírez, La prisión, México, Fondo de Cultura Económica y UNAM., 1975, pp. 60 y ss. García Ramírez analiza el tratamiento progresivo técnico bajo un esquema tripartita: fundamento: el estudio de personalidad; instrumento: el organismo criminológico; y desarrollo: la sucesión de fases.
69. La ley de ejecución de penas del Estado de México se refiere a tres períodos: estudio y diagnóstico; tratamiento, y reintegración. La de Michoacán a cuatro períodos: estudio y diagnóstico; tratamiento básico; prueba, y reintegración. Las normas mínimas se refieren a período de estudio y diagnóstico y período de tratamiento, donde incluye las fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. Aunque básicamente se ocupan de los mismos elementos organizados de manera un tanto diferente.
70. Alfonso Quiroz Cuarón, "Prólogo", en Sergio García Ramírez, Asistencia a reos liberados, México, Ediciones Botas, 1966, pp. 12-14. Alfonso Quiroz Cuarón recuerda las cuatro fases de la crisis de la liberación, a saber: (a) fase explosiva, eufórica o de la embriaguez por la libertad; (b) fase depresiva de adaptabilidad difícil; (c) fa-

se alternativa, entre la sociedad que rechaza y el camino del delito que incita al retorno, y (ch) fase de fijación, que puede ser el retorno al delito o a la adaptación a la vida social normal.

71. Gustavo Malo Camacho, "El régimen progresivo técnico en el sistema penitenciario", Revista Michoacana de Derecho Penal, no. 15, Morelia, enero-junio, 1975, pp. 133-160.
72. Sergio García Ramírez, op. cit. (Asistencia a...) p. 59 Héctor Solís Quiroga, Sociología criminal, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, p. 277.
73. American Correctional Association, Correctional classification and treatment, USA., 1975.
Los comités de clasificación normalmente están constituidos por personal que representa los diferentes segmentos de la instalación penitenciaria, a saber, diagnóstico, tratamiento, y seguridad. Los preside el alcaide y los constituyen además los supervisores de los programas educativos, de entrenamiento vocacional y de las industrias de la prisión; el capellán, el jefe de los servicios médicos, el psiquiatra, el psicólogo y el jefe de los servicios de seguridad.
74. Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, Código penal anotado, 4a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1972, pp. 178-79; Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, 10 a. ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1974, pp. 478 y ss.
75. Para Don C. Gibbons, "tratamiento" equivale a terapia correccional y es "todo el conjunto de actividades que pretenden explícitamente inducir un cambio en los factores que condicionan la conducta delictuosa, o bien desalojar del sujeto dichos factores". Cf. Delincentes juveniles y criminales, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 183. Antonio Sánchez Galindo, por su parte, conceptúa el tratamiento como "el conjunto de elementos, normas y técnicas que se requieren para reestructurar la personalidad dañada del delincuente y hacerlo apto y productivo en su núcleo social". Cf. Secretaría de Gobernación, Manual de introducción a las ciencias penales, 2a. ed., Mé-

- xico, Secretaría de Gobernación, 1976, p. 184.
76. Constancio Bernaldo de Quirós, op. cit., p 163 y ss.
77. Norman Bruce Johnston, op. cit., p. 29.
78. Idem.
79. Citado por García Ramírez en op. cit. (Manual de...), p. 150.
80. Norman Bruce Johnston, op. cit., pp. 35 y ss.
81. Cf. Sergio García Ramírez. El final de Lecumberri, México, Editorial Porrúa, S.A., 1977; Victoria Adato de Ibarra, La cárcel preventiva de Ciudad de México, México, Ediciones Botas, 1972.
82. Michel Foucault, op. cit., p. 203.
83. Ibid., p. 205.
84. Ibid., p. 210.
Foucault toma la cita de J. Bentham, Panopticon versus New South Wales Works, ed. Bowring, t. IV. p. 39.
85. Se dice "en parte", porque la arquitectura de la prisión no sólo es un reflejo de las ideas penales de una época, sino también de las posibilidades y carencias de las sociedades a que sirven las cárceles; y además, debería ser, de la sabiduría de los gobernantes al establecer el orden de las prioridades a que se han de destinar los recursos disponibles.
86. Roberto Pettinato, en "Encuentro sobre sistemas penitenciarios", con la participación de: Antonio Beristáin, Pierre Bouzat, Sergio García Ramírez, Roberto Pettinato, Alfonso Quiroz Cuarón, José León Sánchez, conductor Alvaro Gálvez y Fuentes, T.V. canal 2, 11 y 18 enero 1975; versión mecanográfica en Criminalia, XLI, nos. 7-12, México, jul. - dic. 1975, pp. 305-38.
87. Sergio García Ramírez, (a) op. cit. (El final de...) pp. 9-14; (b) "La política penitenciaria del gobierno federal", Criminalia, nos. 11-12, México, 1973, pp. 419-27; Héctor Solís Quiroga, op. cit., pp. 293 y ss.

88. Cf., *inter allia*, Sergio García Ramírez, op. cit. (Justicia...) pp. 14; 52 y ss.; Eugenio Cuello Calón, op. cit., pp. 672 y ss.
- Aunque ya en los congresos penitenciarios de Londres (1872); Estocolmo (1878); Roma (1885); y particularmente en el de París (1895), los juspenalistas pugnar^{on} por la emancipación de lo penitenciario, fue hasta en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, Italia (1932), cuando se reconoció, en teoría, la autonomía del Derecho Penitenciario, ante el empuje de los italianos encabezados por J. Novelli; en la práctica, el proceso de elaboración y confirmación de su autonomía ha sido largo. Como muestra de ello, bástenos citar las recientes derogaciones de varios artículos del C.P. atinentes a la ejecución de sentencias, que fueron publicadas en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1985, para entrar en vigor en enero del siguiente año, cuya esencia está ya prevista desde hace más de quince años en las normas mínimas.
89. Citado por Eugenio Cuello Calón, *Ibid.*, pp. 675 (nota 5).
90. Cf., *inter allia*, Juan José González Bustamante, "Derecho penitenciario o derecho de ejecución penal", Revista Michoacana de Derecho Penal, no. 6, Morelia, mayo 1967, pp. 43-52; Sergio García Ramírez, op. cit. (La prisión), pp. 32 y ss.

SEGUNDA PARTE
CRISIS Y ALTERNATIVAS DE LA PRISION

"Los presos del mundo entero, confundidos y acumulados en las prisiones de ambos hemisferios por todo un siglo, pudieran muy bien dividirse en dos, sólo en dos grandes clases: la de los que jamás debieron haber entrado en prisión y la de los que jamás debieron salir de ella".

Arthur Griffiths

"El ideal rehabilitatorio adoptó como fin principal, si no único, de la prisión, la readaptación social del penado; para lograr tal cometido partió de las siguientes premisas: (a) el comportamiento humano es el resultado de una serie de causas que le anteceden; (b) estas causas pueden ser identificadas como parte del universo del individuo y es la obligación de los científicos de la conducta descubrirlas y describirlas; (c) el conocimiento de los antecedentes del comportamiento humano hace posible el control científico de éste; (ch) las medidas empleadas para tratar al delincuente deben servir una función terapéutica y deben encaminarse a efectuar cambios en su comportamiento; (d) la aplicación exitosa del tratamiento, por lo menos en sus fases iniciales, requiere de la institucionalización del delincuente".

CAPITULO V

LAS CRISIS DE LA PRISION

5.1. Introducción

Quien piense que el fenómeno caracterizado como crisis de la prisión es signo exclusivo de alguna época determinada, va demasiado aprisa en sus juicios; los hechos muestran que al generalizarse el uso de la prisión en el siglo XVIII, al impulso del humanismo libertario que lo caracterizó, casi simultáneamente surgieron los movimientos de reforma de la misma, para hacerla más eficaz en cuanto a los dos objetivos que se le asignaron: privación de la libertad como castigo o reparación del crimen y reformar o transformar a los individuos. De suerte que al repasar las páginas de la historia de la prisión, puede constatarse que de manera repetitiva se encuentran en ellas: críticas investigaciones, proyectos, medidas legislativas, reorganizaciones, programas de tratamiento, modelos de acondicionamiento; la mayoría de las veces tendientes a corregir la prisión, muy pocas a suprimirla (1). Es Así como, parafraseando a Constancio Bernaldo de Quirós, se ha ido realizando la serie de restituciones a favor de los presos: espacio, luz, aire, alimentación, movimientos, relaciones... (2), productos de crisis recurrentes.

La reforma humanitaria a que se ha hecho referencia supra, epílogo de una primera crisis de la prisión, ocasión, a juicio del público y de especialistas de la época, que la cárcel perdiera o al menos viese disminuido sensiblemente su afecto intimidatorio, al dejar de operar el principio de "less eligibility", como consecuencia de las mejoras materiales en la detención y la severidad de la crisis económica y de ocupación que se vivía en Europa continental (3). Así, son corrientes las demandas para que las prisiones se convirtieran en "realmente expiatorias", se someta a los reclusos a un "régimen severo", se emplee a los detenidos en "trabajos insalubres y peligrosos", y en suma, se termine con el "exceso de bienestar" en las prisiones y con el desmedido interés que la filantropía dedi-

ca a los delincuentes (4). Además, ha de recordarse, esta inquietud no estuvo ausente en el surgimiento de la Escuela Positiva que sobrevendría tiempo después. Al decir de Enrico Ferri, la razón histórica de la nueva escuela fue "la necesidad de poner un límite a las exageraciones del individualismo en favor de los delincuentes, para obtener mayor respeto a los derechos de los honrados. La conciencia universal de que ponga fin a exagerados sentimentalismos en favor de los malhechores, cuando se olvidan la miseria y los dolores de tantos millones de pobres honrados" (5). Casi idéntica argumentación se repitió un siglo más tarde contra los excesos del ideal rehabilitatorio.

Lo anterior no contradice la opinión generalizada de que la prisión tuvo su orto en las postrimerías del siglo XVIII, época de la codificación penal en Europa, y que su ocaso comenzó en las últimas décadas del siglo XIX; pero sí induce a aceptar que tal período se refiere básicamente a la prisión celular, de la cual dijera Ferri que constituyó una de las grandes aberraciones científicas del siglo XIX. Por otro lado, este período coincidió con un poderoso movimiento abolicionista de la pena de muerte y demás penas corporales. En forma sucesiva, fines del siglo XIX y principios del XX, la prisión en sí recibió un fuerte embate abolicionista, principalmente a nivel teórico; aún más, los argumentos abolicionistas se esgrimieron en contra de la pena en general (6). Empero, lo que se logró fue reformarla y arraigarla más profundamente en la práctica de los sistemas penales.

Desde que la prisión se generalizó como pena, casi no ha habido congreso, coloquio, jornada, simposio o reunión de cualquiera de las ciencias penales o de sus auxiliares, que soslaye los múltiples temas y problemas penitenciarios, la mayoría de las veces con enfoques críticos severos. Las primeras acometidas fueron contra las penas cortas de prisión y se dejaron sentir en los congresos penitenciarios internacionales de Roma (1865), San Petersburgo (1890), y París (1895); Más tarde el de Londres (1925) y el II Congreso Internacional de Derecho Comparado de la Haya (1937), votaron su sustitución por otras medidas penales.

En términos generales, puede decirse que durante la primera parte del siglo XX tuvo lugar el apogeo del ideal de rehabilitación, que implica predominio de la prevención

especial (7), impulsado por un mayor uso de la indeterminación penal, de la condena condicional y de la libertad condicional o preparatoria, el nuevo régimen de menores infractores (8) y desde luego por el desarrollo de las ciencias criminológicas. Todo ello culminó en el régimen penitenciario denominado: "tratamiento progresivo técnico", ya glosado arriba. Subsiguientemente, a la mitad de la década de los sesentas la creencia en el ideal rehabilitatorio entró en crisis, y ya para los setentas la práctica del encarceramiento con ese sustento filosófico era severamente atacada, de modo que se veía venir, a nivel mundial, un descenso significativo en el uso de la prisión, y el advenimiento de una nueva penalidad. Se habló mucho pero no se hizo tanto. Aquí vienen a propósito las palabras de Francis A. Allen: " en el campo de la justicia penal, necesitamos responder a nuestra conciencia y compasión así como a nuestros miedos ". Y parece ser que ahora se ha optado por lo que algunos llaman la línea dura en la administración de justicia penal: se enfatiza la prevención general, la determinación penal y la incapacitación a través del confinamiento en custodia (9), aunque simultáneamente se tiende a privilegiar las medidas alternativas a la detención y aun la desviación de los delincuentes del sistema penal, como se verá más adelante. Dicho sea de paso, el anteproyecto de código penal tipo puesto a discusión en México en 1983, y del cual se derivaron importantes reformas, se cifró en cierta medida a estas dos últimas directrices (10).

Antes de pasar a consignar las objeciones específicas que se han hecho al aprisionamiento y referir las acciones que se han ido desarrollando a lo largo de la historia de la prisión para enfrentar sus crisis, cabe hacer algunos comentarios en torno a dos preguntas concretas: ¿Cuáles son las razones de las crisis de la prisión? y ¿Por qué, no obstante los múltiples ataques de que es objeto, conserva su lugar privilegiado en los sistemas de justicia penal?

Con todo y las deficiencias metodológicas que suelen señalarse a las investigaciones sobre el particular, tal vez la mayor evidencia de las crisis de la prisión la constituyan los altos índices de reincidencia delincuencia que se registra entre aquéllos que han sido sus clientes (11) y la violencia que explota en las cárceles -motines- que no respeta fronteras temporales ni geográficas (12), y aunque son múltiples y variados los motivos que

suelen atribuirse a la quiebra del sistema penitenciario, los siguientes se encuentran entre los principales:

- a. Se le asignaron fines para los que por su misma naturaleza no puede servir: corrección, readaptación, re inserción social; en suma: preparación para la liber tad. Y no puede porque simple y sencillamente la pri sión es la antítesis de la libertad.
- b. Se ha abusado terriblemente del encarcelamiento en cantidad y en calidad. Se le prescribe como pena para casi todo delito, las condenas son demasiado largas, se despersonaliza el recluso al sujetársele a un régimen de vida enajenante, artificial, y por si fuera poco, se le impone además un régimen de tratamiento sumamente deficiente, mediante la compulsión o el chantaje (13).
- c. La naturaleza del encarcelamiento y las condiciones en que se impone, facilita y propicia todo tipo de abusos y de violencias: de la autoridad contra el preso y de los presos entre sí. Es terreno fértil para la violación de los derechos humanos.
- ch. Se sustenta en una visión del delincuente contraria a la verdadera naturaleza del hombre. Se parte de la premisa de que la conducta del individuo es el resultado de una serie de causas o factores endógenos y exógenos, ajenos a su voluntad; negándose así, en mayor o menor grado, la responsabilidad personal del sujeto; y se acepta, en consecuencia, un determinismo conductista, que llevado a casos extremos se convierte en fatalismo. Esta concepción del hombre conduce a su vez a la negación de la retribución y a la confusión de la prevención general y especial (rehabilitación), justificaciones tradicionales de la pena.
- d. En la mayoría de los casos, cuando se han intentado reformas carcelarias, la administración de justicia penal no se enfoca en su conjunto, como el sistema dinámico que es (14); es práctica frecuente pasar por alto la interdependencia de las partes o subsistemas que componen el todo. Este defecto en el enfoque acarrea desde luego una acción deficiente; no puede obtenerse eficacia en la fase de ejecución, mientras en los servicios policiales, en la procuración de justicia y en la magistratura, abundan la ineficacia y la injusticia. Por otro lado, frecuentemen

te se soslaya el hecho de que el sistema de administración de justicia penal opera dentro de sistemas más grandes o suprasistemas, entre los que destacan el de administración de justicia, el gobierno y la sociedad como el todo, y que éstos le proveen los insumos, reciben sus productos, le imponen limitaciones, juzgan su actuación y están sujetos a fuerzas dinámicas que demandan ajustes y adecuaciones recíprocas constantes. De esto se sigue que el sistema de administración de justicia penal está fatalmente asociado con el estado del desarrollo económico y social del país, y que por lo tanto se ve impactado constantemente por varias fuerzas sociales, tales como las características y tendencias de la población, los cambios tecnológicos, los cambios en las concepciones sobre la criminalidad, la transformación de las formas de control social, la actitud del público hacia los elementos del sistema, etc. Menospreciar estos hechos es darle la espalda a la realidad y conduce a serias deficiencias e insuficiencias en la planeación y ejecución de programas.

- e. La crítica antiinstitucional y el escepticismo acerca de la justicia, que cada día adquiere tintes político-ideológicos más firmes. Si para los conservadores la prisión sirve fines de rehabilitación social e incapacitación, para los radicales cumple con funciones terroristas y conformadoras de proletarios (15); parecería ser que en abono de estos, además de otros indicios, está el perfil de la población penitenciaria: "jóvenes, principalmente, hombres solteros que provienen de los estratos sociales y económicos más bajos de la sociedad. La mayoría de ellos sin aptitudes laborales, pobremente educados y con antecedentes de inestabilidad laboral. Hay muchos que tienen antecedentes penales y autoconcepto bajo, y carecen de metas significativas en su vida; una buena parte son deficientes mentales, inestables emocionalmente y propensos a la violencia y a otras conductas socialmente desviadas" (16).

Cierto es que las estadísticas de los últimos años en los países progresistas en materia penológica, demuestran que cada vez menos delincuentes llegan a las cárceles; sin embargo la prisión subsiste, y en gran número de países, entre los que se encuentran muchos latinoamericanos,

donde todavía se anda en pos de la "prisión ideal", la reclusión conserva su lugar de privilegio en el arsenal de la penas. Al intentar esclarecer el por qué, ha de recodarse como premisa, que el encarcelamiento floreció como pena generosa y revolucionaria en sustitución de las penas de muerte, exilio, deportación y demás castigos corporales; y tal vez siga siendo la razón principal de su supervivencia: la prisión, pena de las sociedades civilizadas como la llamara Rossi, ha persistido en parte porque los pueblos modernos no podrían volver a los salvajismos de los tiempos prebeccarianos, se niegan a recurrir con mayor frecuencia a la pena de muerte (17) y no han sido capaces de encontrar o de aplicar alternativas satisfactorias. El caso es que, como afirma José M. Rico: "si la ley y la administración proclaman constantemente que la finalidad esencial del encarcelamiento debe ser la enmienda, la rehabilitación y la reinserción del penado, en la práctica se sigue manteniendo, como en el pasado, una atmósfera punitiva dentro de la cual el detenido es humillado, infantilizado, transformado en un ser inapto para la vida social y abandonado en seguida a sí mismo" (18).

5.2. Valoración del aprisionamiento sancionador

En su fase represiva, la prisión ha sido defendida al asignársele, inter alia, los siguientes atributos:

- a. Carácter humanitario, por ser sustitutiva de la pena de muerte y demás castigos atroces. Justificación está del mayor peso y que se encuentra en el origen de la generalización de la prisión como pena.
- b. Carácter de pena "igualitaria" y modulable. Lo primero porque la libertad es un bien generalizado y tenido en gran aprecio, y su pérdida tiene el mismo valor para todos; y lo segundo porque la variable del tiempo permite cuantificar exactamente la pena.
- c. Eficacia preventiva, tanto general como especial, gracias a la intimidación que produce y a la creencia, cada vez menor, de que por sí misma la prisión causa la resocialización del delincuente o de que provee las condiciones propicias para la aplicación del tratamiento rehabilitatorio, especialmente cuando es de larga duración, pues contiene de manera segura al delincuente.

- ch. Eficacia incapacitadora, al impedir o limitar la acción antisocial de los delincuentes considerados altamente peligrosos y que no dan señales de quererse readaptar o resocializar. Además, no debe olvidarse que el encarcelamiento es considerado, por lo general, con excepción de la pena de muerte, la única forma de castigo disponible para delincuentes recalcitrantes y que la mayoría de las otras medidas cautelares y formas de castigo penal, ante el incumplimiento, se apoyan en ulterior instancia en la prisión.

En otro orden de ideas, la crítica a la prisión es profusa, la recogen tanto las publicaciones especializadas como la producción artística del hombre, particularmente la literatura y el cine (19). Entre las objeciones que se le han hecho descuellan:

- a. Las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad (20).
- b. Las estadísticas destacan un mayor índice de reincidencia entre exreclusos que entre delincuentes condenados a otro tipo de pena (21).
- c. Las prisiones favorecen la organización de un medio de delincuentes para "educar" a otros y para delinquir: "cuarteles del crimen" las llamó León Foucher, como "universidades del delito" las calificó Raúl Carrancá y Trujillo, y como "fábricas del crimen" las caracterizó Clark Ramsey (22).
- ch. La prisión afecta el marco temporal de referencia, el autoconcepto, el nivel de conciencia de la realidad, la capacidad de juicio y el reajuste a la vida en comunidad, además suele producir deterioro mental en el recluso.
- d. Afecta a la familia de los internos: estigmatización, finanzas y vivienda, soledad, frustración sexual, dificultades en el manejo de los niños e impacto psicológico de varias maneras, en los niños principalmente.
- e. Provoca enfermedades físicas y psíquicas; entre las primeras, motivadas por las condiciones de higiene y alimentación, destacan las enfermedades pulmonares y

la desnutrición; entre las segundas se significan la psicosis carcelaria, las depresiones, angustias, histerias y esquizofrenias (23). La combinación de ambas categorías se pone de manifiesto en úlceras, asma, ansiedad, etc.

- f. Es antieconómica y muy costosa (24), lo que se refleja tanto en la edificación de cárceles como en su mantenimiento -incluyendo el de los internos- y en su operación, incluso el trabajo carcelar.
- g. Con frecuencia, su operación va de la mano con el abuso y la arbitrariedad de la administración y con la escasez de recursos humanos y materiales, tan graves a veces que no sólo se incurre en la incongruencia, sino en la ilegalidad y aun en la inconstitucionalidad (25).
- h. Estigmatiza al reo. La sociedad y la opinión pública lo señalan, con los consiguientes efectos laborales y readaptatorios negativos, lo que le viene a dificultar aún más una vida normal, conforme a la ley.
- i. Es una medida irreparable en los casos de error judicial (26).
- j. Su régimen interior, a pesar de lo técnico y humanitario que sea, resulta enajenante y despersonalizante, por controlante, rutinario y monótono; por esto y por su contradicción con la naturaleza social del hombre, la prisión es "inherentemente antirrehabilitatoria". En palabras de Roberto Pettinato: "El preso... entra como un hombre, y cuando sale de la cárcel muchas veces es exhombre, un hombre roto" (27). Cuanto mayor es el tiempo pasado en la cárcel, tanto mayores suelen ser las dificultades en la reinserción social; esto es, la crisis de la libertad se manifiesta con mayor severidad (28).

Parece ser pues que la crítica más convincente contra la prisión se centra en su naturaleza criminógena, en su ineficacia para lograr los objetivos primordiales que se le han asignado (proteger a la sociedad y rehabilitar al delincuente), y en su carácter antieconómico.

Como antes se mencionó, el reproche al aprisionamiento -

miento se generalizó primero en contra de su modalidad de prisión corta, a la que se le atribuyen todos los males de la reclusión y ninguna de sus ventajas (29); sin embargo, la tendencia en los países vanguardistas en materia penológica, es privilegiar la prisión corta sobre la prisión larga. Estadísticas de 1979 muestran que en Los Estados Unidos el tiempo promedio de las sentencias de prisión era de veintidós meses, en Suecia de tres meses y en Los Países Bajos de menos de un mes (30).

Como lo advierte Foucault, la censura al encarcelamiento se ha hecho en dos direcciones (31), tanto por los rigoristas como por los liberalizadores de la prisión. Estos bregan por el perfeccionamiento de la técnica penitenciaria en favor de la supuesta corrección de los reclusos, mientras que aquéllos argumentan que al querer ser correctora la prisión pierde su fuerza de castigo, pierde rigor y la objetan además por ser costosa e ineficaz; a la vez que abogan porque prevalezca en su práctica el principio de menor elegibilidad del régimen penitenciario respecto del peor existente en el exterior, enunziado por Hobhouse, a mediados de la segunda década del presente siglo, en los siguientes términos: "La consideración del criminal debe representar el punto cero de la escala que la sociedad tiene para tratar a sus distintos miembros. Si se eleva este punto, se debe elevar todo el nivel de la escala. El más pobre puede esperar, y con razón, algo más que el criminal; el hombre y la mujer indigentes algo más que el pobre" (32).

A lo anterior, que puede calificarse de actitud reformista, debe sumarse la posición de los criminólogos críticos o radicales, que por considerar a la prisión un instrumento de represión de clase, pugnan por su abolición, al igual que la de todo el sistema capitalista (33).

5.3. Valoración del aprisionamiento preventivo

A la prisión preventiva se le han reconocido principalmente las siguientes funciones:

- a. Proteger a la sociedad de males adicionales a los ya causados con la comisión del delito.
- b. Asegurar la presencia del sujeto a quien se imputa la comisión de una conducta ilícita, ante el juez instructor, y con ello hacer posible el desarrollo

del proceso penal.

- c. asegurar o preservar información importante que ilustre la decisión del juez, a efecto de que establezca la culpabilidad o inocencia del indiciado. Tanto la información que proporcione directamente el sujeto, como la que pueda obtenerse gracias a la ausencia de interferencias u obstáculos que el propio presunto responsable podría oponer eventualmente.
- ch. Evitar que los delinquentes se sustraigan a la acción de la justicia y asegurar que se les inflija el castigo merecido por su conducta antisocial.
- d. Proporcionar evidencias al público de que se está actuando contra la criminalidad.
- e. Proteger al presunto responsable de la venganza que probablemente sería procurada por la víctima u otros ofendidos.

El aprisionamiento preventivo participa de la misma naturaleza que el represivo; de ahí que la crítica que se ha hecho a éste se aplique a aquél, con algunas agravantes que serán mencionadas infra. Todavía, como lo señalara Becerra hace más de doscientos años, la prisión preventiva es una pena que precede a la declaración de delito y en la mayoría de los casos, "más bien es un suplicio que la custodia del reo" (34). Toda vez que la privación de libertad como pena está precedida de la prisión preventiva, al abuso de aquélla, por fuerza, le antecede una excesiva recurrencia en el uso de ésta, afectándose así a quienes la ley presupone inocentes, y en opinión de muchos, configurándose una flagrante violación a los derechos humanos (35). La magnitud del problema en Latinoamérica, en términos cuantitativos, lo evidencian las estadísticas difundidas por las Naciones Unidas en 1975, donde se señalan los elevados porcentajes de procesados en relación a la población total de las cárceles de cada país:

1. Venezuela 80.78 ‰	5. Panamá 48.33 ‰
2. Colombia 74.72 ‰	6. Chile 44.28 ‰
3. El Salvador 65.64 ‰	7. México 40.39 ‰
4. Argentina 62.70 ‰	8. Ecuador 33.04 ‰

La situación ha empeorado, a tal grado que en América Latina, más del 75 % de los detenidos están en espera de la decisión en sus respectivas causas (36). En México, en 1980, de los 58,352 reclusos existentes, 74.23 % lo eran en calidad de preventivos. Así las cosas, no hay duda de que la sobrepoblación carcelar está constituida por individuos todavía sujetos a proceso, lo que actualiza el apotegma de Agustín de Ipona: "Los hombres torturan para saber si deben torturar"; y dado que el sobrecurso por lo general se acompaña de promiscuidad, la prisión preventiva, paradójicamente, resulta corruptora. La privación de la libertad, tanto en su vertiente preventiva como en la sancionadora, es castigo en sí misma y al aplicarla como medida cautelar se incurre en la injusticia de adelantar la pena, de castigar para saber si se debe castigar, vulnerándose así la presunción del derecho penal liberal que supone la inocencia del imputado hasta que por resolución firme se declare su responsabilidad.

5.4. Valoración de la valoración del aprisionamiento

La discusión sobre la valoración del aprisionamiento, en sus modalidades sancionadora y preventiva, dejando a un lado su función procesal, no podría ser indiferente a la de los fines de la pena y se caracteriza al igual que ésta por una notable confusión. Así como sobre la naturaleza de la pena se han establecido un sinnúmero de teorías y cada una busca denodadamente su triunfo sobre las demás (37), al valorarse el encarcelamiento casi unánimemente se atacan sus supuestos atributos y ventajas: se pone en entredicho sus características humanitarias, intimidatorias y rehabilitadoras; se le condena como factor criminógeno y se le señala como ineficaz e ineficiente (38). Pero en seguida se presenta la escisión; por un lado están sus abolicionistas, y por el otro, unos de sus críticos manifiestan andar en busca de la prisión ideal, elaboran recomendaciones y promueven iniciativas para transformarla en ese sentido, aun al extremo de desvirtuarla, de subvertirla, de negar su esencia como lo hacen con la pena; mientras que otros demandan mayor rigor, severidad y certidumbre en su aplicación, para que se respete su naturaleza de pena y se preserve su carácter intimidatorio. Nuevamente los retribucionistas y los utilitaristas apuntalan sus trincheras, pero ante el influjo del determinismo o del libre albedrío y de las distintas concepciones sobre los fines de la pena, la confusión se generaliza; sin embargo, todos coinciden en una cosa: se muestran insatisfechos con la práctica car

celaria prevaleciente. No obstante; clásicos, positivistas, neoclásicos, socialdefensistas, radicales, o sus intérpretes, fijaron sus posiciones y han pretendido formar "capillitas", con la consigna de excluir o proscribir otros puntos de vista. Se invoca la investigación científica en uno y en otro sentido, se juega con grupos experimentales y de control, se manipulan datos cuantitativos para afirmar o negar y para crear escepticismo; así, en medio de un olímpico desprecio por el sentido común, suele enseñorearse un "cientificismo" absurdo que exige demostración estadística de todo, cerrándose a cualquier otra fuente de conocimiento. Tal vez en este campo, como en muchos otros, lo que se requiere es menos soberbia y más humildad científica; abandonar posiciones absolutistas y dogmáticas que sólo conducen a actitudes sectarias, y aceptar que parte de verdad o de razón puede existir en las diferentes concepciones. Buscar esa parte de verdad y aplicarla en beneficio de un sistema de administración de justicia penal más justo, debería ser la consigna común.

5.5. Wanejo de las crisis

Puestas en tela de duda las pretendidas ventajas del aprisionamiento y señaladas con críticas persistentes sus objeciones, según se ha referido en la sección precedente; los estudiosos de estos problemas han planteado diversas soluciones. A lo largo de este proceso ha nacido y se ha fortalecido una nueva rama del derecho conocida como penitenciario, a que se hizo referencia supra en el apartado 4.9., la actividad internacional se ha revelado cooperativa y se han creado y desarrollado una serie de instituciones jurídico-penales orientadas al reemplazo de la prisión; a cada uno de estos aspectos se hará referencia por separado en las siguientes páginas, no sin antes caracterizar las principales reacciones ante las crisis de la prisión.

Parece ser que son tres las tendencias más destacadas que podrían señalarse ante las crisis de la prisión, a saber: (a) propensión a mejorarla; (b) pugna por eliminarla, y (c) tendencia a abatir su uso. La preocupación por mejorar la prisión presupone, en principio, la confianza en ella como instancia rehabilitadora y se ha manifestado desde tiempos muy remotos; desde que se generalizó como pena se han desplegado significativos esfuerzos para mejo -

arla con miras a neutralizar sus efectos nocivos (factor criminógeno) y a hacerla más eficaz y eficiente; en este marco de respuestas ante las crisis del encarcelamiento se inscriben las reformas humanista y científica comentadas supra, en el capítulo IV, apartados 4.4. y 4.7., respectivamente. Pero no debe olvidarse que la prisión, como pena, nunca ha pretendido ser simple privación de libertad, sino que nació asociada a la idea de reformatión del penado y como tal siempre ha estado vinculada a fórmulas o técnicas correctivas o de tratamiento del delincuente: prisión-em-presa, modelo educación-formación, modelo médico, institución terapéutica, tratamiento en la colectividad, etc. Así se explica que al encierro aséptico y ascético acompañado de trabajo con pretensiones reeducativas, impulsado por los primeros sistemas penitenciarios, se hayan agregado otros elementos, cuales son: individualización penal, sentencia indeterminada, medidas preliberacionales, libertad condicional o preparatoria, remisión parcial de la pena, entrenamiento educacional y vocacional, terapia grupal y terapia individual, modificación de conducta, análisis transaccional, el concepto Synanon, etc., muchas veces formando parte del sistema progresivo técnico de tratamiento penitenciario, ya glosado en el aparte 4.7.4.; todo lo cual está orientado con énfasis a la mejoría de la prisión.

La tendencia abolicionista también es de añeja ascendencia, pero se ha visto fortalecida ante las críticas, cada vez más radicales y "científicamente" soportadas en contra del aprisionamiento. La intensidad del sentimiento abolicionista se aprecia, entre otros, en la posición radical de Frank Tannenbaum expresada en 1922: "Debemos destruir a la prisión, raíz y rama. Eso no resolverá nuestro problema, pero será un buen comienzo... Sustituyámosla por algo. Casi cualquier cosa será avance. No puede ser peor. No puede ser más brutal y más inútil" (39). Cabe señalar que el abolicionismo de hogaño es menos idealista que el de antaño (40); los abolicionistas de ahora son materialistas y poco más prácticos, sin embargo, su posición radical, que rechaza la mayoría de los objetivos del sistema de justicia penal, no ha encontrado su realización en ninguna sociedad concreta (41).

Finalmente, la propensión a abatir el uso del aprisionamiento es la tendencia que mayor penetración está teniendo en las sociedades occidentales. Ante la evidencia de los efectos corrosivos de la prisión, de la inevitabili

dad de su uso para incapacitar a ciertos delincuentes y de los ataques generalizados contra el ideal rehabilitatorio, se han planteado y aplicado cambios relevantes en la política criminológica, encaminados a reducir la población - prisionada o el período de aprisionamiento, y a mitigar los efectos deletéreos de la cárcel en aquéllos que permanezcan en ella. El control social en comunidad, que se impone cada vez más sobre el control social institucional, la preocupación por eliminar la sobrepenalización y la predis posición a fortalecer el poder intimidatorio e incapacitador de la prisión, sin incurrir en la deshumanización, son temas de palpitante actualidad. Así, la práctica de la segregación se ve modificada, cuantitativa y cualitativamente, por la desinstitucionalización, la despenalización o descriminalización y las reformas al sistema de sentencias.

5.5.1. Reformas a la institución

Como se ha mencionado ya, las reformas humanista y científica pueden considerarse como respuestas ante sendas crisis de la prisión. La discusión de ambas se ha hecho constar supra, en el capítulo IV, apartados 4.4. y 4.7; respectivamente.

5.5.2. Desinstitucionalización

El término: "desinstitucionalización", se refiere aquí a la preferencia por el tratamiento de los desviados en el seno de la comunidad. Implica el compromiso del sistema de justicia penal de recurrir menos a las instituciones tradicionales y significa también la alteración de los patrones convencionales de segregación de delincuentes, pero no la excarcelación de todos los internos; algunos de ellos permanecerán reclusos porque en su estado de libertad son considerados un peligro inminente para la sociedad; aunque también supone una concepción diferente de la peligrosidad potencial de los infractores de la ley penal, de manera que un menor número de estos son etiquetados como peligrosos, y por ello para la mayoría se invocan medidas alternativas o sustitutivas de la institución (42).

La hipótesis terapéutica en comunidad fue ampliamente invocada en Los Estados Unidos, a mediados de la década de los sesentas, por la Comisión Presidencial para la Aplicación de la Ley y la Administración de la Justicia, en su reporte: The challenge of crime in a free society; luego ,

en 1973, la idea fue establecida con firmeza por la Comisión Nacional Consultora sobre Normas y Metas de la Justicia Penal, que propuso una moratoria en la construcción de más establecimientos penales estatales (43), bajo la asunción de que la elección antiinstitucional era más eficaz a los fines de la recuperación y del control social, más económica y más humanitaria (44) que cualquier programa conducido intra muros.

El proceso de desinstitucionalización se ha estado llevando a cabo mediante el uso de sanciones alternativas o sustitutivas de la prisión, como el trabajo en favor de la comunidad, la semilibertad y el tratamiento en libertad; y de lo que genéricamente se ha llamado correctivos apoyados en la comunidad o programas correccionales basados en la comunidad ("community corrections"). Estas medidas por lo general tienen como sustento una liberalización en la concesión de la condena condicional y de la libertad condicional o preparatoria o de sus similares anglosajonas -"probation" y "parole"- así como un mayor uso del hospedaje no institucional o de vivienda semiinstitucional, que se combina para configurar una gran variedad de programas, no necesariamente excluyentes entre sí, cuales son: programas de tratamiento intensivo; programas de interacción grupal guiada o terapia de grupo; hogares de adopción ("foster homes"); hogares para grupos reducidos ("group homes"); centros de tratamiento en la comunidad ("community treatment centers"), muchas veces siguiendo el modelo de la "halfway house" europea y americana (45); programas preliberacionales, como una fase del tratamiento progresivo técnico, que incluyen acciones diversas para ayudar al interno en su transición gradual hacia la libertad, y que van desde su traslado a instalaciones menos regimentadas hasta la concesión de permisos de salida para trabajar ("work release"), para estudiar o capacitarse para el trabajo ("educational release") y liberaciones parciales -de fin de semana y ocasionales- ("partial release", "furloughs", "passes") etc. Algunos de estos programas o "tratamientos" implican una institucionalización parcial ("community-based residential treatment") y otros prescinden totalmente de la institución ("community-based treatment"), por lo menos de primera intención.

5.5.3. Descriminalización o despenalización

Los términos descriminalización y despenalización se invocan aquí como sinónimos, para referirse al proceso mediante el cual son eliminadas de la ley penal ciertas conductas que el legislador tiene clasificadas como delitos. Así, descriminalizar es quitar a una infracción su carácter criminal; su contrapartida es la criminalización o penalización; esto es, el proceso por el cual ciertos hechos son incluidos en el catálogo de conductas tipificadas como delitos en las leyes (46). Empero, en su acepción más amplia, jurídico-sociológica, el concepto de criminalización comprende tanto la previsión normativa de un hecho como delito, cuanto el proceso que hace de algunos sujetos que han cometido delitos -sólo de algunos- la población criminalizada (47).

Desde luego que el tema de la descriminalización va de la mano con el de la evolución de la antisocialidad, dentro del que se inscriben las transformaciones del delito (48) provocadas por diversas variables, entre las que descuellan las de carácter social, económico, tecnológico y político. Esta realidad trae aparejadas tanto la necesidad de penalizar o "tipificar" como la de despenalizar o "destipificar" conductas; sin embargo, prevalece la presunción en que se basa esta última, cual es: que el sistema de derecho penal adolece de una sobrepenalización; esto es, que trata como delitos no pocas conductas que no representan una amenaza grave para la sociedad y que se las puede solucionar o neutralizar recurriendo a otras instituciones sociales. Como informa José M. Rico, son cuatro los sectores que se proponen para descriminalizar, a saber: (a) infracciones relativas a la moral sexual: homosexualidad, sodomía, adulterio, pornografía, incesto, aborto, esterilización y relaciones sexuales entre y con menores; (b) crímenes sin víctimas: alcoholismo, toxicomanía, prostitución, aborto y sus tráficos clandestinos, vagancia, mendicidad y tentativa de suicidio; (c) ciertos delitos contra las personas: eutanasia, homicidios pasionales o políticos, algunas clases de lesiones, golpes simples e injurias, y (ch) ciertos delitos contra el patrimonio: robos de menor cuantía, robo de autos, asalto de bancos y asalto a personas que transportan dinero (49).

La argumentación a favor y en contra de la descrimi

nalización es abundante y llena de matices (50), inter alia, deben ponderarse las siguientes reflexiones:

- a. Las conductas son antisociales no por estar penalizadas sino a la inversa, no obstante el grado de tolerancia colectiva que éstas tengan; y dado que con la despenalización no desaparecen tales comportamientos: ¿A dónde se transferiría su responsabilidad?, ¿Se crearían sistemas de control paralelos al penal?, si así fuera ¿cómo se evitarían los riesgos de deterioro del régimen de las garantías legales y constitucionales que debe imperar en un Estado de derecho?
- b. ¿En qué medida y condiciones la despenalización puede ser incentivo para la proliferación de conductas antisociales?
- c. ¿En qué medida debe ponerse al Derecho -deber ser- en correspondencia con las costumbres -el ser- ? o ¿Hasta qué punto el Derecho debe impulsar o motivar el cambio que lleve a los gobernados a alcanzar una calidad de vida superior, por encima de las costumbres en algunos casos?
- ch. ¿Hasta qué punto la adecuación del Derecho con las costumbres antisociales, provoca un mayor y gradual relajamiento de la vida social, hasta eventualmente permitir su aniquilamiento?
- d. ¿Es válido soslayar los aspectos filosóficos, religiosos y morales, cuando se analiza la descriminalización?
- e. ¿Será oportuno renunciar a la función moral de advertencia de la ley penal?
- f. ¿Hasta qué punto puede afirmarse categóricamente que la investigación criminológica revela que la penalidad no tiene ningún valor disuasivo, en algunos campos que se presentan para descriminalizar?

Desde luego que las respuestas no son simples ni despojadas de controversia; en todo caso, vale recordar a Richard Quinney: "... la ley no puede ser sencillamente despojada de sus juicios morales. toda ley es fundamentalmente moral" (51). El objetivo del derecho penal es la protección de los valores que la sociedad tiene empeño en pre

servar y está encaminado a proteger un determinado modelo social. En consecuencia, es obvio que con la descriminalización se adopta una posición moral, y lo que se propone realmente es la sustitución de una moral por otra.

Empero, asumiendo que con la descriminalización no se trata de propiciar un relajamiento de las costumbres, es va ledero preguntarse si el sistema de derecho penal es efi- caz para proteger o preservar ciertos valores sociales; si la respuesta es negativa, salta a la vista lo cuerdo de la decisión de trasladar su tutela a otros medios de control más eficaces, aunque parezcan menos rigurosos; habida cuen ta de que, independientemente del valor intrínseco o la pa rennidad que individual o colectivamente se reconozca a ta les valores en sí mismos, su rango social cambia al paso del tiempo y con la modificación de ciertas circunstancias.

5.5.4. Reformas al sistema de sentencias

Esta tendencia, inscrita dentro de lo que en Los Estados Unidos se llama "nuevo modelo de justicia", privilegia la abolición de la sentencia indeterminada, lo que implica también la supresión de los comités de libertad condicional, e la vez que argumenta que a los delincuentes se les ha "sobretreatado" y sostiene que el tratamiento de los desviados no debe ser parte del sistema de administración de justicia penal, sino que debe operar con independencia en otras instancias sociales. Sus corifeos son portadores de la crítica más severa contra el ideal rehabilitatorio materializado en el modelo médico de tratamiento institu- cional. Su falla más grande es -apuntan- la manera coerci- tiva de aplicarlo, que es violatoria de los derechos huma- nos y que lo torna inútil; aunque a veces se pida a los in ternos la aceptación voluntaria -argumentan- su voluntad está viciada, comprometida por la sentencia indeterminada y por las facultades discrecionales concedidas a las auto- ridades ejecutoras de sentencias. Así las cosas, por lo ge- neral, el supuesto esfuerzo rehabilitatorio en segregación no es más que una simulación, una mascarada.

El nuevo modelo de justicia cuenta con profundas raíces beccarianas y kantianas, concepciones éstas que pre- cedieron a las ideas rehabilitatorias impulsadas en el si- glo XIX (52), según se aprecia claramente en varios de sus postulados:

- a. El criminal debe ser castigado porque lo merece.
- b. La severidad del castigo debería depender sobre todo de la gravedad del delito.
- c. La certidumbre y rapidez del castigo es más eficaz que el rigor de las penas, para lograr la prevención de la delincuencia a través de la intimidación.
- ch. Se necesitan buenas sentencias, no necesariamente de aprisionamiento, que reduzcan las probabilidades de reincidencia.
- d. Las discreción para sentenciar debe concederse dentro de ciertos límites.

Aunque esta tendencia podría implicar un mayor uso del encarcelamiento, generalmente se combina con otras medidas penales en libertad, además de que merced a planes de sentencias obligatorias, fijas y reducidas, se logra una mayor rotación de la población carcelar, ayudando así a la solución del problema de la sobrecapacidad, sin necesidad de construir nuevas cárceles (53).

5.6. Diligencia internacional

En esta referencia a la cooperación internacional, enfocada a la reclusión, de ninguna manera se quiere implicar que todas las organizaciones y acciones a que se hará alusión tengan como ratio essendi la cuestión carcelar; empero, aunque muchas rebasan este ámbito, su actividad o contenido es o ha sido trascendente en la materia de materias. Por otro lado, tampoco se pretende hacer una referencia exhaustiva a las organizaciones o acciones internacionales atinentes al tema en comento, sino que únicamente se mencionará lo que parece más relevante.

Es sorprendente la intensa actividad internacional que se ha ocupado de las cuestiones penitenciarias; millares de páginas recogen los trabajos desarrollados en congresos, simposios, cursos, coloquios, jornadas y conferencias en diferentes tiempos y lugares del mundo (54). El primer congreso internacional sobre penología (Alemania, 1846), asociado al nombre del profesor de Derecho de la Universidad de Heilderberg, Karl Joseph Anton von Mittermaier, concentró sus discusiones sobre los dos sistemas pe

nitenciaris puestos de moda en aquel entonces por Los Estados Unidos; y , sorprendentemente para nuestra época, concluyó que la privación individual de libertad -aisla - miento absoluto- era el único fundamento aceptable sobre el cual construir un sistema correccional moderno. A partir de entonces el intercambio de ideas se vio fomentado, en lo que destacó como promotor el penólogo estadounidense Enoch C. Wines, bajo cuyos auspicios se efectuó el gran congreso penológico americano de Cincinnati en 1870, foro pro picio para las ideas de su alumno aventajado, Zebulon R. Brockway, y evento fundamental para la era de los reforma- tarios al proclamar el tratamiento penitenciario como medi da de protección social.

Poco más tarde se realizó el primer congreso inter- nacional penitenciario (Londres 1872), y se fundó, gracias a los esfuerzos de Wines, la Comisión Internacional Peni - tenciaria, luego Comisión Internacional Penal y Penitencia ria (CIPP), con la finalidad inicial de asegurar la conti- nuidad de los congresos penitenciarios, pero que paulatina mente se abrió a otras ciencias penales y amplió el ámbito de sus actividades para llegar a ejercer una influencia de cisiva sobre la reforma penitenciaria y la política crimi- nal moderna. Antes de su liquidación, acaecida en 1951, dentro de su vasta labor estaba la organización de más de una decena de congresos internacionales, entre 1870 y 1950, los cuales representaron la actitud oficial hacia la delin- cuencia (55).

Después de la Segunda Guerra Mundial, la CIPP pasó la estafeta a la ONU (Resolución 415 (V) de la Asamblea General, 1950), que ya había establecido políticas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente desde mediados de 1948, aunque desde 1946 ya las realizaba como parte de la política social llevada a cabo por la Secreta- ría General. Para el desarrollo de tales políticas fue cre ada la Sección de Defensa Social (denominación acorde con la filosofía penal prevaleciente en esa época), que luego cambió su nombre a Sección (más tarde Rama) sobre Preven - ción del Delito y Justicia Penal; y el Comité de Expertos, que evolucionó hasta convertirse en el Comité sobre Preven ción y Control del Delito, a partir de 1971, a raíz de las recomendaciones formuladas por el Cuarto Congreso de Nacio nes Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (56) .

Las responsabilidades de la Rama sobre Prevención del Delito y Justicia Penal son:

"(a) implantar las políticas y estrategias de prevención del delito en el nivel internacional, en cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social; (b) preparar y apoyar los congresos quinquenales de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente y las sesiones bianuales del comité sobre la prevención y el control del delito; (c) coordinar las actividades en materia de prevención del delito y justicia penal dentro del sistema de las Naciones Unidas, particularmente con los institutos regionales e interregionales, así como los cuerpos administrativos que reportan a las comisiones con funciones especializadas, tales como la División de Derechos Humanos y la División de Drogas Psicotrópicas, y (ch) proveer y coordinar la asistencia técnica a los Estados miembros e institutos regionales en el área de prevención del delito y justicia penal. Todas estas tareas son llevadas a cabo en estrecha colaboración con gobiernos, corresponsales nacionales, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, instituciones académicas e individuos expertos" (57).

El primer Grupo Internacional de Expertos, reunido en 1949, sentó las bases preliminares para la acción internacional. Le han seguido una serie de acciones, tales como: organización de grupos regionales de trabajo, publicación de una revista internacional, la creación de institutos regionales para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente y la realización de congresos quinquenales sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, a partir de 1955, cuyo objeto es promover el intercambio mundial de experiencia y pericia, y fortalecer la cooperación regional e internacional sobre la materia (58).

5.6.1. Reclusión y derechos humanos

Resulta obvia la relación entre la reclusión y los derechos humanos (59), de ahí que no podría olvidarse ahora la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), elaborada por la comisión ad hoc y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, obsecuente a la Carta del 26 de junio de 1945.

Aunque los derechos humanos están referidos a una diversidad de materias: civil, política, económica, social y cultural; la DUDH contiene algunos preceptos relacionados directamente con el encarcelamiento, a saber: prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5); la legalidad de los actos de detención, prisión y destierro (artículo 9).

Consciente de la necesidad de instrumentos complementarios que diesen eficacia vinculante a la DUDH, la Comisión de Derechos Humanos preparó el pacto instrumental, que, sometido a estudio desde 1954, fue aprobado por la Asamblea General en su XXI sesión, el 16 de diciembre de 1966, bajo el nombre de Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, acompañado de un protocolo facultativo. En el Pacto se proscriben las torturas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 7); se autoriza la imposición de trabajo forzado como pena y la obligatoriedad del trabajo en el reclusorio o bajo libertad condicional (art. 8, inciso 3 b y c); se consagran derechos fundamentales de los encarcelados; se fija la orientación del derecho penitenciario hacia la reforma y la readaptación social del penado y se prohíbe la prisión por deudas (art. 11). Como instancia jurisdiccional, con todas las reservas que este calificativo tiene en materia internacional, se instituyó el Comité de Derechos Humanos (art. 28, 41 y 42 del Pacto y 1 y 5 del Protocolo).

Además de la ONU, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Consejo de Europa han desplegado acciones en materia de derechos humanos que inciden sobre el tópico en comento. La primera expidió, al término de la IX Conferencia Internacional Americana, de Bogotá, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el 2 de mayo de 1948, con siete meses de antelación a la DUDH de la ONU. En este documento (art. 25) se proclama la legalidad en las medidas de privación de libertad, se rechaza la prisión por deudas y se invoca la celeridad en la justicia y el trato humano a favor de los reclusos. Para imprimirle el sentido práctico a la Declaración, la OEA promovió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969; donde se consagran una serie de normas sobre la reclusión, a saber: separación física y de régimen, entre procesados y sentenciados (art. 5, inciso 4); ejecución penitenciaria orientada hacia la reforma y la readaptación social de los conde-

nados (art. 5, inciso 6); trabajo forzoso (art. 6, inciso 2) y organización del trabajo penitenciario (art. 6, inciso 3, a). Así mismo, se instituyeron la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y en su caso, resolver los conflictos que se le presenten, en los términos del referido pacto.

Por otro lado, el Consejo de Europa, cuyo estatuto data del 5 de marzo de 1949, promovió la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, donde se prohíben las torturas y las penas o tratamientos inhumanos y degradantes (art. 3), se regulan los derechos del detenido (art. 5) y se alude al trabajo forzado (art. 4). Para vigilar y asegurar el cumplimiento del Pacto, en la Convención se instituyeron la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

5.6.2. El primer congreso de la ONU y su desiderata penitenciaria

El Primer Congreso de Las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955), fue eminentemente penitenciario, como lo confirman sus productos principales: la aprobación de las Reglas Mínimas Uniformes para el Tratamiento de Prisioneros (RM); las recomendaciones atinentes a la selección y entrenamiento de personal penitenciario; la recomendación sobre instituciones penales y correccionales abiertas, y las conclusiones sobre trabajo penitenciario (60). Por su importancia, será comentado a mayor detalle el primero de estos documentos.

Las RM son el resultado de una prolongada evolución. El primer anteproyecto de "reglas generales" fue elaborado en 1928 por W. Polwarth y por Paterson, escocés e inglés, respectivamente; al siguiente año la comisión ad hoc aprobó y adoptó el conjunto de reglas para su presentación al X Congreso Internacional Penal y Penitenciario (Praga, 1930), lográndose a la postre su aprobación por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, en 1934.

Bajo el nuevo orden internacional surgido de la segunda conflagración mundial, la CIPP recibió el encargo (1949) de la ONU de revisar y mejorar las reglas, cosa que hizo antes de su extinción (1951); como siguiente paso, la entonces Sección de las Naciones Unidas para la Defensa Social, a cargo de Manuel López-Rey y de Paul Amor, instauró un proceso de consulta con los países miembros y con peritos en la materia, poco más tarde el congreso de Ginebra de 1955 las aprobó y el Consejo Económico y Social las avaló e invitó a los gobiernos a considerar favorablemente su adopción e implantación, mediante resolución 663 C (XXIV), del 30 de julio de 1957. Las RM, que constituyen una especie de "carta magna" de los prisioneros, se encuentran organizadas en tres grandes apartados y noventa y cuatro numerales. El primer apartado (reglas 1-5), que se destina a observaciones preliminares, deja bien delimitado el alcance de dichas reglas en los términos siguientes: "El objeto de las reglas siguientes... es... establecer... los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos" (regla 1). No se pretende entonces describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sin embargo, debe entenderse que dichas reglas representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas sobre la materia. El siguiente apartado, bajo el acápite: "Primera parte. Reglas de Aplicación General" (reglas 6-55), aborda lo atinente a la administración general de los establecimientos penitenciarios y es aplicable a todas las categorías de reclusos a que se hace referencia en las reglas a saber: (a) condenados; (b) alienados y enfermos mentales; (c) personas detenidas o en prisión preventiva, y (d) sentenciados por deudas o a prisión civil. La diversidad de temas tratados, que se inician con el de la imparcialidad en la aplicación de las reglas, incluyen: registro de detenidos y separación de categorías, locales destinados a los reclusos, higiene personal, ropas y cama, alimentación, ejercicios físicos, servicios médicos, disciplina y sanciones, medios de coerción, información y derecho de queja de los reclusos, contacto con el mundo exterior, biblioteca, religión, depósito de objetos pertenecientes a los reclusos, traslados, inspección; y el espinoso problema del personal penitenciario, sobre lo que en el mismo congreso, por separado, se aprobaron una serie de recomendaciones.

El tercer apartado, bajo el rubro: "Segunda parte. Reglas Aplicables a Categorías Especiales", es el más ex-

tenso (reglas 56-94). Principia con los condenados (reglas 56-81), aquí se reconoce el carácter aflictivo de la pena, per se, y se puntualiza que "...el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación" (regla 57). Por otro lado, se afirma que "... el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen" (regla 58); en consecuencia, se postula que el período de aprisionamiento debe aprovecharse para lograr la rehabilitación social de los reclusos, a los que se aplicará tratamiento individual, recurriéndose a "... todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza y todas las formas de asistencia de que puede disponer" (regla 59). Desarrolla así mismo los temas de tratamiento, clasificación e individualización, privilegios, trabajo, instrucción, recreo, relaciones sociales y ayuda penitenciaria. En tratándose de reclusos alienados y enfermos mentales (reglas 82-83), se señala la necesidad de internarlos en establecimientos especializados dirigidos por médicos, no en prisiones, y se destaca la importancia de contar con servicio médico o psiquiátrico en los establecimientos penitenciarios y de asegurar asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico.

Por lo que se refiere a personas detenidas o en prisión preventiva (reglas 84-93), destaca la presunción de inocencia que les debe favorecer, misma que sirve de sustento al régimen especial que se prescribe, a saber: separación de los reclusos condenados, separación de jóvenes y adultos, celdas individuales para pernoctar, alimentación proporcionada por familiares del acusado o por la administración, uso de prendas personales propias o uniforme diferente al de los condenados, opción de trabajar, autorización para tener materiales de lectura y escritura, derecho a la comunicación, etc. Finalmente, para los sentenciados por deudas o a prisión civil (regla 94), se recomienda un régimen tan benévolo como el de los sujetos a prisión preventiva, salvo la opción a trabajar, que podrá ser obligatoria.

Las RM volvieron a ser tema de la agenda del cuarto congreso (Kyoto, 1970) donde se informó de su poca aplicación y se dejó sentir la inquietud por reestructurarlas y reformar su texto original. Este mismo interés se discutió en el quinto congreso (Ginebra, 1975) donde se concluyó que las RM no deberían ser sustancialmente revisadas,

sino que la revisión debería enfocarse únicamente a determinados preceptos.

Los productos del primer congreso y la actividad internacional subsecuente sobre la materia, diseminaron en el mundo el concepto moderno de servicios penitenciarios con sus implicaciones, y se convirtieron en guías para la reforma penitenciaria. En forma esquemática, puede decirse que mediante su aplicación se ha buscado configurar en la práctica, lo que Foucault caracterizó como "buena condición penitenciaria" (61), acorde a los siguientes principios:

- a. Principio de corrección: que postula como fin principal de la pena la enmienda y la readaptación social del condenado.
- b. Principio de Clasificación: que invoca la separación de los aprisionados al menos en atención a su situación jurídica, sexo, edad, gravedad penal del acto, personalidad y tratamiento; empero, idealmente, la tendencia aceptable es la de crear establecimientos especializados de mínima, media o máxima seguridad; para primodelincentes o reincidentes; para delincuentes jóvenes o mayores, etc.
- c. Principio de la modulación de las penas: que reclama la individualización de la pena, sobre todo en la fase ejecutiva, acompañada de medidas preliberacionales o de libertad anticipada, en función de la regeneración del delincuente en régimen progresivo.
- ch. Principio del trabajo como obligación y como derecho: que afirma el recurso al trabajo como aprendizaje; como terapia; y como fuente de ingresos para el establecimiento, el preso y su familia; en condiciones lo más próximas al trabajo libre.
- d. Principio de la educación penitenciaria: que implica no sólo instrucción, sino la educación en el sentido amplio de la palabra, encaminada a lograr la resocialización del penado.
- e. Principio del control técnico de la detención: conforme al cual el régimen de la prisión debe ser lle-

vado a cabo por personal especializado, con capacidad moral y técnica.

- f. Principio de las instituciones anexas: que demanda se preste ayuda al delincuente durante y después de la detención, a través de instituciones ad hoc, como patronatos y servicios sociales varios.

5.6.3. Institutos interregional y regionales

El Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación sobre Defensa Social (UNSDRI), con sede en Roma desde su fundación en 1967, ha desarrollado diversos trabajos de investigación, varios talleres interdisciplinarios con expertos, y provisto consultoría y orientación a petición de gobiernos interesados; todo ello en una gran variedad de temas, entre los que pueden mencionarse, a guisa de ejemplo: participación del público en el sistema de justicia penal, causas de la delincuencia juvenil, variaciones transculturales en los conceptos de desviación social, arquitectura penitenciaria, derechos del prisionero, etc.

Además del UNSDRI, a la fecha existen cinco institutos regionales afiliados a las Naciones Unidas, a saber:

- a. Instituto de Asia y Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (APEI), organizado en 1961 en Fuchu, Japón, como una dependencia de las Naciones Unidas, bajo la dirección de Norval Morris; pero en 1970 fue transferido al gobierno japonés con el carácter de afiliado a la organización mundial (62).
- b. Centro para la Investigación Social y Criminológica: en el Cairo, creado en 1972 para servir a los países africanos y a los de lengua árabe.
- c. Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en Costa Rica desde 1975, bajo la dirección de Jorge A. Montero Castro.
- ch. Instituto para la Prevención y Control del Delito en Helsinki, creado en la última década, para servir a

los países europeos, y

- d. Instituto para la Prevención y Control del Delito en Lusaka, creado al final de los años 70's, para servir a los países de Africa, Sur del Sahara.

Estos institutos se apoyan en sendos comités de expertos, y concentran sus esfuerzos sobre las necesidades regionales específicas, recopilan información, sostienen conferencias y reuniones y desarrollan cursos de entrenamiento y proyectos de investigación, a la vez que coordinan sus esfuerzos entre sí y con el UNSDRI. Una muestra de sus trabajos la dan los siguientes tópicos de que se han ocupado: instituciones abiertas, políticas penales en países en desarrollo, el papel de la mujer en el trabajo correccional, reforma de la justicia penal, temas a ser discutidos en los congresos de las Naciones Unidas, etc.

5.6.4. Otras acciones

Insertos en el marco de la cooperación regional, ameritan mención los trabajos del Comité Europeo sobre Problemas del Delito y de la Organización Árabe para la Defensa Social. El Comité es un órgano del Consejo de Europa creado en 1957 que, inter alia, ha realizado o intervenido en actividades trascendentales para la región en materia de tratamiento de delincuentes, por ejemplo: la Convención Europea sobre la Supervisión de Delincuentes Sentenciados Condicionalmente; La Resolución sobre Prisiones Preventivas; resoluciones sobre personal penitenciario, tratamiento penitenciario y tratamiento en comunidad y la revisión de las RM para adecuarlas a las nuevas ideas sobre tratamiento de delincuentes y a la realidad europea (63). La Organización Árabe para la Defensa Social opera en el seno de la Liga de Estados Árabes desde 1960, encamina sus actividades a promover y aplicar a nivel regional los principios de defensa social, de acuerdo a las condiciones endógenas prevaletentes y a las tradiciones y legislación que caracteriza a la mayoría de los países árabes (64).

Finalmente, han de mencionarse los tratados sobre transferencia de prisioneros, que configuran una forma moderna de cooperación intergubernamental en materia de ejecución penal, en la que México es pionero (65) desde 1976. Y La Alianza de Organizaciones No-gubernamentales sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, organizada en 1972,

con sede en Nueva York, y que agrupa a las más prestigias organizaciones internacionales sobre la materia, cuales son: Asociación Internacional de Derecho Penal, Sociedad Internacional de Criminología, Sociedad Internacional de Defensa Social, Liga Howard para la Reforma Penal, Comisión Internacional de Juristas, Amnistía Internacional, etc. La Alianza nació con el propósito fundamental de mejorar las comunicaciones dentro de la comunidad internacional de expertos y entre las otras personas interesadas, representadas por las organizaciones internacionales y en las Naciones Unidas, con respecto a todos los asuntos relacionados con la prevención y el control del delito y el tratamiento del delincuente (66).

5.7. Enjuiciamiento global de los sistemas de justicia penal

Sin dejar de reconocer los loables esfuerzos individuales y colectivos, gubernamentales y privados, orientados a mejorar los sistemas de justicia penal, todo parece indicar que la crisis contemporánea de la prisión no puede desligarse de la crítica generalizada a estos sistemas, misma que comprende a todos sus componentes: ciencias penales, policía, ministerio público, tribunales, instituciones penológicas, ejecución de sanciones, e inclusive las relaciones intergubernamentales propias de los estados federales.

No obstante que el derecho penal positivo tutela los bienes jurídicos considerados más valiosos por la sociedad, la evolución de aquél no iguala la velocidad que en los últimos decenios ha caracterizado al cambio y transformación de ésta; de modo que los contenidos normativos -a pesar de las innumerables reformas- por lo general están retrasados respecto de las exigencias de una sociedad cambiante, que en contraposición sí produce una criminalidad actual, cada vez mayor y más refinada. Se impone pues un mayor dinamismo jurídico que produzca un creciente acercamiento del derecho a la realidad social, tanto para que coadyuve a garantizar un orden social más equitativo, como para que facilite el tránsito hacia una sociedad más justa e igualitaria, aspiración legítima de los gobernados (67).

El estatuto jurídico del personal de los sistemas de justicia penal, por lo general deja mucho que desear, lo cual seguramente influye, de manera significativa, para la escasez de recursos humanos calificados. El descrédito

de los cuerpos policiacos y del ministerio público, no hay manera de exagerarlo, por un lado hay carencia de directivos capaces de controlar la criminalidad y de respetar, al mismo tiempo, los derechos constitucionales de los gobernados; y por el otro, en muchos casos se adolece de verdaderos esquemas de selección y capacitación de personal, apoyados por políticas salariales realistas y por programas de incentivación que impulsen hacia la excelencia a los servicios policiacos y ministeriales.

Los tribunales, agobiados por la carga de trabajo, no pueden estudiar con el debido cuidado todas las causas; además, muchos jueces sólo poseen formación jurídica, lo que a todas luces es insuficiente para evaluar las conductas que han de juzgar y los correspondientes efectos de las sanciones que han de imponer. Así las cosas, los procesos tardan más de lo debido y la práctica es más de "juzgar expedientes" que de juzgar hombres.

Las instituciones penológicas tradicionales no han probado la eficacia que de ellas se esperaba, la reincidencia aumenta constantemente y el tratamiento a los delincuentes sólo ha dado hasta ahora resultados mediocres. Por otro lado, la fragmentación y la falta de enfoque de sistema de los elementos que integran el complejo de administración de justicia penal, aunado a la problemática de las relaciones intergubernamentales, son obstáculos serios para la comunicación y la coordinación, tan necesarios si se quieren alcanzar niveles satisfactorios de eficacia y eficiencia. A todo esto se agrega, y no es de poco peso, el problema de la corrupción a que no es ajeno el sistema.

Los aspectos arriba mencionados, así como la considerable resistencia a la innovación, imputable al propio sistema, y la crisis financiera del mundo contemporáneo, no sólo enturbian cada vez más el horizonte, sino que dan la impresión de crear un círculo vicioso perpetuador de la problemática ya referida. Empero, no hay que perder de vista que los destinatarios de los servicios de justicia son los gobernados, los mandantes, y que, parafraseando a Jean Racine, no hay nexo más próximo, delicado y espinoso -entre mandantes y mandatarios- que la administración de justicia; además, la eficacia de ésta depende en gran medida de la autoridad moral que instituciones y agentes tengan frente a la sociedad. Y, lamentablemente, hoy por hoy, la imagen pública del sistema de justicia penal está seriamente deteriorada.

Tal vez lo más censurable a estos sistemas es que pocas veces están precedidos o apoyados por una política social o criminal que se aplique con verdadera diligencia a prevenir la delincuencia, sentido en que ya apuntaban en el siglo XVIII el ilustre Marqués de Beccaria (68) y Don Miguel de Lardizábal y Uribe (69), entre otros, y más tarde, en las postrimerias del siglo XIX, uno de los puntales del positivismo jurídico, Enrico Ferri, quien negó a la pena cualquier valor como instrumento de defensa social y propuso en cambio una serie de providencias, que hizo llamar "substitutivos penales", cuya finalidad era controlar los factores del crimen y de esa manera influir el movimiento de la criminalidad, para realizar así una prevención primaria o indirecta, que también sería una prevención general de la delincuencia (70). Por otro lado, ya en nuestro tiempo, en casi todos los eventos internacionales sobre la materia, el énfasis sobre la prevención de la delincuencia es tópico común y se le reconoce su vinculación estrecha con la planeación nacional. Esto llevó al quinto congreso de las Naciones Unidas, a concluir que la justicia social es el mejor medio de prevenir el delito, que debería enfatizarse más la acción social que los procedimientos penales y que los variados aspectos de política criminal deberían estar coordinados e integrados como un todo en la política social del país (71). Así, no causa extrañeza que desde diferentes trincheras, hoy día se objete, y con razón, el abuso de la represión en detrimento de la democracia y del humanismo: se señala que la sociedad suele ser pronta para reprochar las conductas que considera desviadas, pero no tan diligente para corregir las inequidades que hay en su seno y que han sido identificadas como factores criminógenos; tales críticas son enredadas tanto por los criminólogos liberales (crítico-reformistas) como por los radicales (crítico-marxistas) (72).

En última instancia, para algunos criminólogos hay solamente dos formas de hacer criminología. La una, defendiendo abiertamente o aceptando tácitamente los intereses de la clase capitalista, y la otra, defendiendo los intereses de la clase trabajadora. De ser así, en ambos casos se estaría ante criminologías comprometidas y en ambos lados habría posiciones críticas; pero mientras en la primera (crítico-reformistas), de acuerdo con estos pensadores, no se cuestiona el orden social existente, sino que se le toma como cierto; en la segunda (crítico-marxista), se lucha por un orden alternativo apoyado en un concepto distinto

de la naturaleza humana, de la economía y de la justicia social. De acuerdo con esta concepción, la criminología sería un escenario más en que se desplegaría la lucha de clases y se plantearía la sustitución del capitalismo por el socialismo. Se asistiría así a una lucha ideológica y práctica entre, por un lado, la denominada criminología tradicional, burguesa, capitalista o convencional, acusada de transmitir la ideología burguesa a la clase trabajadora y de garantizar la convivencia armónica entre la clase trabajadora y la clase capitalista, de acuerdo a los intereses de ésta última, y por lo tanto de legitimar al sistema capitalista. Y por el otro lado, la criminología radical, marxista, socialista o crítica, que se adjudica como objetivos fundamentales, la creación de la conciencia de clase trabajadora y la transformación revolucionaria del actual orden capitalista en uno socialista.

Cabe advertir aquí, que todavía cuando se habla de criminología crítica, suele incluirse bajo tal rubro a grupos bastante heterogéneos de criminólogos -moderados y radicales, marxistas y no marxistas, religiosos y ateos- que critican igual a la criminología que al derecho penal, la justicia penal o al sistema capitalista y que por lo general son muy incisivos en sus críticas, pero muy frágiles en sus aspectos propositivos. A veces aparece como una anticriminología, o al menos como una criminología parcial, de partido, de consigna, tan vinculada con las hegemonías políticas y la lucha por el poder, que parece ser más bien un movimiento social que uno intelectual; otras veces se presenta como un movimiento progresista que tiende a sacudirse lo que de negativo tiene lo tradicional, al identificarlo con lo caduco, lo rezagado, lo anacrónico. Su beligerancia y hostilidad hacia la criminología tradicional se asemeja a la actitud primera de algunos positivistas, contra lo que ellos mismos bautizaron como la Escuela Clásica. Pero al igual que entonces, es de esperarse que la síntesis se dé, arrojando un saldo favorable para el progreso de la criminología sin eufemismos; lo cual una vez más probaría que la verdadera ciencia está por encima de posiciones sectarias.

5.8. Conclusión

5.8.1. Desde que se hizo común el uso de la prisión purgatoria, el estado de crisis del aprisionamiento parece una constante. Las críticas, los proyectos de acondi-

cionamiento material, las reorganizaciones y las reformas se suceden unas tras otras.

Sometida la reclusión a fuego cruzado -por un lado los rigoristas y por el otro los liberalizadores- estos privilegiando la técnica penitenciaria en favor de la su- puesta corrección de los internos y aquéllos objetándola por costosa e ineficaz, y reclamando que se le restituya su fuerza de castigo para que conserve su efecto intimidatorio y que se haga prevalecer en ella el principio de menor elegibilidad del régimen penitenciario respecto del peor existente en el exterior. Por si esto fuera poco, los criminólogos radicales, que cada vez acceden a más foros, bregan por su abolición por considerarla un instrumento de represión de clase.

5.3.2. Parece ser que en el fondo de las crisis de la prisión hay tres razones fundamentales: (a) se ha insistido en asignarle fines de reformatión del penado, cuando por ser la antítesis de la libertad es un medio inidóneo para la readaptación de quien por naturaleza es un ser gregario, un ser social; (b) se la ha sustentado en una visión del delincuente que no corresponde a la verdadera naturaleza del hombre; y (c) por lo general, la mayoría de las reformas intentadas han fracasado porque les ha faltado el enfoque de sistema; la irracionalidad ha prevalecido, a veces por excesos sentimentales y otras por excesos rigoristas y represivos; pero en todo caso se ha arrastrado a la institución a un mayor desprestigio. Así, aunque teóricamente, y hasta legalmente, se invoque y se proclame la reformatión, la realidad es muy otra, aun en detrimento de los derechos humanos y de los regímenes constitucionales.

5.8.3. A pesar de los ataques de que ha sido objeto, la prisión conserva su lugar privilegiado en los sistemas de justicia penal; las razones pueden ser muchas, pero sin duda se debe también, a que los pueblos modernos no podrían volver a los salvajismos de los tiempos prebeccarianos, se niegan a recurrir a la pena de muerte y a ciertas medidas quirúrgicas como la esterilización y la castración, a la vez que no han sido capaces de encontrar o aplicar alternativas satisfactorias. Después de todo, no debe olvidarse el origen del aprisionamiento generalizado, como medida generosa y revolucionaria que desplazó a la muerte, la deportación y demás castigos corporales.

5.8.4. las polémicas sobre la prisión no podrían ser ajenas a las de los fines de la pena, de modo que se observa en ellas una notable confusión. Luchando con denuedo tanto los retribucionistas como los utilitaristas y los abolicionistas, en sus diferentes modalidades, pretenden imponer sus puntos de vista y forman "capillitas" con el designio de excluirse mutuamente. Tal vez en este campo, como en muchos otros del conocimiento, lo que se requiere es menos soberbia y más humildad científica, que facilitarían el abandono de posiciones absolutistas y dogmáticas, con la consiguiente aceptación de que parte de la verdad o de la razón puede existir en las diferentes concepciones. Buscar esa parte de verdad o de razón y aplicarla en aras de un sistema penal más justo, debería ser la consigna común.

5.8.5. Si la prisión compurgatoria amerita críticas severas, la situación es todavía más grave en tratándose de la prisión cautelar, toda vez que, en este caso, se afecta a quienes la ley presume inocentes. La magnitud del problema difícilmente se podría exagerar: las estadísticas revelan que la mayoría de la población reclusa, está formada por individuos en espera de sentencia definitiva en sus respectivas causas (más del 75% en América Latina), y dadas las condiciones deplorables en que se administra esta medida, en la mayoría de los casos, se presenta una doble paradoja: la prisión preventiva deviene en corruptora y "se castiga para saber si se debe castigar".

5.8.6. De las diferentes reacciones ante las crisis de la prisión -mejorarla, eliminarla, abatirla- la preferencia por disminuir su uso es la tendencia que mayor penetración está teniendo en las sociedades occidentales. Los esfuerzos por lograr una cada vez más amplia desinstitucionalización, las reformas al sistema de sentencias y los procesos de descriminalización o despenalización, así lo indican.

5.8.7. En contraste con la desinstitucionalización y las reformas a los sistemas de sentencias, parece ser que la descriminalización no es una medida muy promisoría para abatir el uso de la reclusión. Por una parte porque las conductas susceptibles de despenalizar, por lo general son de leve antisocialidad y en consecuencia están sancionadas con medidas igualmente leves, que ya de por sí excluyen la reclusión o bien permiten el acceso a la libertad provisional en algunas de sus especies o a la condena condicional;

y por otra parte, porque las objeciones que se le oponen, entre las que no son menores las señaladas en el aparte 5.5.3., que trata el tema, significarían obstáculos importantes para su aceptación social. Además, la propia evolución de la antisocialidad presenta como contraparte, la necesidad de penalizar nuevas conductas, amén de que en otras ocasiones la misma sociedad exige su repenalización.

5.8.8. La actividad internacional atinente a los problemas penitenciarios es tan profusa como variada. Prácticamente no hay reunión o intercambio que se relacione con las ciencias penales, en cualquier tiempo y lugar del mundo, que no trate de lo penitenciario, a partir del primer congreso internacional sobre penología organizado por los alemanes en 1846. Los testimonios de las actividades realizadas por instituciones como la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (1870-1950), las varias asociadas con la ONU, el Comité Europeo sobre Prevención del Delito, la Organización Árabe para la Defensa Social y las múltiples entidades no gubernamentales como la Asociación Internacional de Derecho Penal, las sociedades internacionales de Criminología y de Defensa Social, la Liga Howard, y otras, son de especial importancia para el conocimiento de los problemas del aprisionamiento y de sus alternativas de solución.

5.8.9. Los productos del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (Ginebra 1955), destacadamente las RM, propalaron por el mundo el concepto moderno de servicios penitenciarios con sus implicaciones y se convirtieron, a pesar de las vicisitudes en su adopción práctica, en paradigma para la reforma de la prisión que ostentó como ideal la rehabilitación del interno.

5.8.10. No obstante que los derechos humanos están referidos a una amplia gama de materias -civil, política, económica, social y cultural- su relación con el aprisionamiento parece evidente, y aunque no se puede cuantificar la medida de su preservación en virtud de la influencia internacional, parece razonable concluir que los esfuerzos realizados sobre el particular por la ONU, la OEA y el Consejo de Europa, no han sido en vano; empero, se antoja una mayor presencia y fortaleza de las instituciones jurídicas a nivel supranacional.

5.8.11. Los sistemas de justicia penal -donde hay libertad para hacerlo- están siendo objeto de un severo enjuiciamiento, según panorama bosquejado ya en el aparte 5.7., que se da por reproducido en este espacio. Tal turbulencia encuentra su explicación en la insatisfacción que provocan los susodichos sistemas, tanto entre los criminólogos liberales (crítico-reformistas), como entre los radicales (crítico-marxistas). Más entre estos últimos, que bregan por un orden alternativo cuyos aspectos propositivos no están muy claros aún.

NOTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO V

1. Michel Foucault, Vigilar y castigar, 6a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1981, pp. 236 y ss.
Aunque la obra de Foucault se refiere primordialmente a Francia, la situación en el resto de Europa fue muy similar. Por lo que a América respecta, la historia revela que sus prácticas penales siguieron los modelos de las madres patrias; por otro lado, los antecedentes, el surgimiento y el desarrollo de los dos grandes sistemas celulares -Pensilvania y Auburn- corroboran el carácter dinámico de la teoría de la prisión, donde las críticas y las reformas son cosa de todos los días.
2. Constancio Bernaldo de Quirós, Lecciones de derecho penitenciario, México, Imprenta Universitaria, UNAM 1953, p. 57.
3. Darío Melossi y Massimo Pavarini, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, México, Editorial Siglo Veintiuno, 1980, p. 86.
4. Michel Foucault, op. cit., pp. 273 y ss.
5. Enrico Ferri, Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal, 2a. ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887, p. X.
6. En la tendencia abolicionista se inscriben las orientaciones utópicas y anarquistas a que nos referimos en el capítulo I, a propósito del "jus puniendi" estatal. Conceptos como los siguientes se encuentran con frecuencia en la literatura de principios de siglo: "La pena es inmoral. Es débil. Es inútil. Genera maldad. Engendra amargura en el penado, dureza y complacencia en aquéllos que la imponen. Para justificar la pena nosotros desarrollamos falsos estándares de bueno y malo. Caricaturizamos y distorsionamos tanto

a las víctimas como a nosotros mismos... El departamento penal, el departamento encargado de castigar, debe ser eliminado de nuestra organización estatal!" Frank Tannenbaum, Wall shadows. A study in american prisons, New York, Putnam's, 1922, pp. 147-8.

"La prisión parece ser un instrumento creado por una mente sádica; por un genio del mal, por otro criminal para atormentar a sus hermanos". Anatole France.

7. El ideal rehabilitatorio adoptó como fin principal, si no único, de la prisión, la readaptación social del penado; para lograr tal cometido partió de las siguientes premisas: (a) el comportamiento humano es el resultado de una serie de causas que le anteceden; (b) estas causas pueden ser identificadas como parte del universo del individuo y es la obligación de los científicos descubrirlas y describirlas; (c) el conocimiento de los antecedentes del comportamiento humano hace posible el control científico de éste; (ch) las medidas empleadas para tratar al delincuente deben servir una función terapéutica y deben encaminarse a efectuar cambios en su comportamiento; (d) la aplicación exitosa del tratamiento, por lo menos en sus fases iniciales, requiere de la institucionalización del delincuente.

8. Cf., inter alia, Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, t.l., México, Edit. Nacional 1975, pp. 405-13 y 744-50; Sergio García Ramírez, (a) El Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán, Morelia, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1969; (b) Justicia Penal, México, Edit. Porrúa, S.A., 1982, pp. 205-32.

En la primera de estas obras de García Ramírez, la exposición en torno al derecho sobre menores infractores, con su amplio repertorio de notas y referencias, arrojan importante luz sobre este tema y su inscripción en el ideal rehabilitatorio.

9. Cf. James Q. Wilson, Thinking about crime. New York, Basic Books, 1975; Richard Quinney, Clases, Estado y delincuencia, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

Aunque las obras de referencia tienen primordial aplicación a los Estados Unidos, no creemos incurrir en error al extender varios de sus planteamientos y

conclusiones al resto de los países del mundo occidental, tomando en cuenta la influencia penológica de aquel país.

10. Procuraduría General de la República, "Anteproyecto de código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal", (versión al 10 de agosto) 1983.

11. Cf. José M. Rico, Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1982, pp. 73 y ss.

En esta parte de su obra, José M. Rico pasa revista a la investigación criminológica sobre la prisión; por ahora nos reporta especial interés lo relacionado con la eficacia de los métodos penitenciarios, ya que destacan los altos índices de reincidencia que se registran entre los clientes de la prisión. Supera con mucho a los registrados entre los castigados con libertad vigilada o con multas. Por otro lado, también apunta que la relatividad del valor de estos datos está relacionada con deficiencias metodológicas, tales como: criterios definidores de "éxito" y "fracaso", período a considerar para la reincidencia, definición del tipo de reincidencia a tomar en cuenta, etc., y, desde luego, con la alta cifra negra de la criminalidad.

12. Casi no hay día en que no se registren protestas de reclusos, muchas veces llevadas al extremo de la violencia o amotinamiento. Attica en 1971, que arrojó un saldo de 43 personas muertas, 10 guardianes entre ellas, tras la cruenta represión de que fue objeto, es el más sonado de tiempos recientes; pero también en Madrid (Carabanchel); Francia (Clairvaux); Guadalajara (Oblatos), etc.

13. Eugene Doleschal, "Crime, some popular beliefs", Crime and Delinquency, jan. 1979, pp. 3-10; Norval Morris y Gordon Hawkins, Letter to the president on crime control, Chicago, University of Chicago Press, 1977.

El abuso de la prisión lo evidencian las estadísticas penitenciarias y la recurrencia con que la prescriben los códigos; en 1979 en los Estados Unidos, país con uno de los más altos índices de encarcelamiento

en el mundo (250 por cada 100,000 habitantes), había alrededor de 460,000 reclusos. Los indicadores que lo superan son los de la Unión Soviética y Sudáfrica, que ascienden a 391 y 400 reclusos por cada 100,000 habitantes, respectivamente; en contraste con los de Francia, 66; Alemania Federal, 60; Dinamarca, 54; Suecia, 40; y Los Países Bajos con únicamente 22 presos por cada 100,000 habitantes.

En el reporte que ILANUD publicó recientemente sobre estadísticas penitenciarias en América Latina, registra la siguiente población reclusa en los países del área: México; 58,325; Colombia, 28,580; Argentina, 23,732; Venezuela, 15,552; Perú, 14,322; Chile 12,876; Ecuador, 5,709; etc.

Significativamente, en México, el CP prescribe la prisión como pena principal en 159 artículos de su parte especial, mientras que para el resto de las medidas penales, que son 24, sólo les dedica doce artículos, como pena principal. Cierto es que con las reformas llevadas a cabo recientemente, se instauró un régimen de sustituciones que, si se administra adecuadamente, puede abatir el abuso de la prisión en el ámbito de aplicación del mencionado ordenamiento. Por otro lado, las deficiencias en el tratamiento penitenciario, suponiendo que se hagan esfuerzos serios por aplicar lo recomendado por la ONU, se registran principalmente en torno a la arquitectura, personal y trabajo penitenciario; pero sobre todo en la visión que se tiene del delincuente, que no coincide con la verdadera naturaleza del hombre.

14. Bela Banathy nos da el siguiente concepto de sistema: conjunto de partes que son diseñadas y desarrolladas por el hombre, en un todo organizado, para el logro de propósitos específicos. El propósito de un sistema es realizado mediante procesos en los cuales interaccionan los componentes del sistema en cuestión, para producir un producto predeterminado. El propósito determina el proceso requerido, y éste (el proceso) implicará las clases de componentes que formarán el sistema. Un sistema recibe el propósito, insumos, recursos y sus limitaciones, de su suprasistema. Para preservarse a sí mismo, un sistema tiene que producir un producto que satisfaga al suprasistema. En Instruction systems, Palo Alto, Ca., Fearon Publi -

shers, 1968, p. 12.

15. Cf., inter alia, Michel Foucault, op. cit. ; Massimo Pavarini, Control y dominación, México, Siglo Veintiuno Editores, 1983.

16. William D. Leeke y Hubert M. Clements, "Correctional systems and programs -an overview" en Fundamentals of criminal behavior and correctional systems, by John G. Cull y Richard E. Hardy, USA., Charles C. Thomas Publisher, 1973, p. 83.

17. Tuh Lindeberg, "Se espera una serie de ejecuciones en E.U.", México, Excelsior, enero 2, 1934.

El tema de la pena de muerte ha vuelto a ser de actualidad. Son más de cien los países que la contemplan en sus respectivas legislaciones y cada vez más los que la están aplicando. En los E.U., donde hasta fines de 1983 se habían registrado 14,195 ejecuciones legales, y había en las prisiones americanas 1260 condenados en espera de su ejecución, se ha suscitado un gran incremento en el número de condenas a muerte en los últimos años. Luego de veintitrés años de receso, debido a que la Corte Suprema de aquel país declaró ilegal la pena de muerte (1964) pero la legalizó nuevamente en 1976, ahora las cámaras de gas, las sillas eléctricas y las "jeringas de la muerte" cumplen su macabra labor.

18. José M. Rico, op. cit., pp. 94-5.

19. Cf. Luis Marcó del Pont, Derecho penitenciario, México, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1984, pp. 619-43.

20. La imputación al aprisionamiento, de que no disminuye las tasas de la criminalidad, fue igualmente una imputación al clasicismo penal, al atribuírsele el haber privilegiado al sistema penitenciario celular. La realidad ha trascendido al clasicismo, al positivismo y parece ser que a cualquier otro "ismo". En Los Estados Unidos, por ejemplo, de 1969 a 1978 los robos simples se incrementaron en un 29%, los robos con encubrimiento en un 45%, los robos menores en un 42%, etc. Esto a pesar de la enorme "cifra negra" de la criminalidad.

21. José M. Rico, op. cit., pp. 34-88.
22. La tantas veces mencionada "contaminación moral" que se da en las prisiones ordinarias y de la que no está exenta la prisión celular, ya no digamos las prisiones promiscuas y sobresaturadas, que todavía en muchos países parecen constituir la mayoría, favorecen el aprendizaje y la organización para el crimen; en ésta (la organización), el coeficiente intelectual y los instintos de dominación y de subordinación juegan un papel muy importante, ya sea la organización a mayor escala o la simple pareja del incubo y el súcubo: "...la pareja criminal dimorfa, esto es, compuestas(sic) de criminal y criminaloide, incubo es iniciador y, al cabo poseedor, el que queda encima; súcubo es, al revés, el poseído, el dominado, el que queda debajo". Constanancio Bernaldo de Quirós, Criminología, Edic. José M. Cajica, Jr., Puebla, 1948, pp. 172.
23. La aparición o agudización de problemas psíquicos se explica por el estado de privación en que se coloca al reo; quien queda no solamente reducido en su libertad física, sino que la privación alcanza lo sexual, la elección, la identidad personal, etc. Las manifestaciones de sus efectos varían en función de factores como la personalidad del interno (inmadurez, inseguridad, coeficiente intelectual, propensión a ser guiado, etc.). Así, se presentarán más suicidios que en la sociedad libre: en Los Estados Unidos, por ejemplo, la tasa de suicidios entre 1952 y 1973, en la sociedad carcelar fue de 17.5 por 100,000, mientras que en la sociedad libre fue de 11; más homicidios: en 1973 en Los Estados Unidos las tasas de homicidios fueron de 74.4 y de 9.4 por 100,000, en las prisiones estatales y en la sociedad en general, respectivamente; se buscarán actividades sexuales sustitutas como la masturbación y la homosexualidad, en 1979, se calculaba entre 30 y 45% la población homosexual en las cárceles de los E.U., además de que el motivo sexual ha sido uno de los factores más importantes en la comisión de homicidios en las prisiones, etc.
- Cf. Anne Newton, "The effects of imprisonment", Criminal Justice Abstracts, USA., march 1980, pp.134-51; José M. Rico, op. cit. pp. 73-78.

24. Cf. Richard Quinney, op. cit., pp. 162 y ss.; National Council on Crime and Delinquency, "Prisons: The price we pay", 1977; Héctor Aguirre Costilla, "Gasta el D.F. 1500 millones de pesos en la manutención de reos", entrevista por Gilberto Estrabau, México, Excelsior, agosto 11, 1983, p. 5A; Darío Melossi y Massimo Pavarini, op. cit.

La economía de la prisión, tan ligada al trabajo penitenciario, ha sido objeto de minuciosos análisis de costo-beneficio en comparación con penas alternativas a la custodia, cuyos resultados le han sido adversos. En 1976, en los E.U. se gastaron 4.4 billones de dólares en el sistema correccional; las estadísticas de hace diez años indicaban que mantener a un interno en prisión tenía un costo anual superior a los \$15,000.00 dólares, y construir más cárceles implicaba un costo de \$50,000.00 dólares por cama. En México D.F., en una población de 5000 reclusos, se gastaron únicamente en manutención una cantidad superior a los 1,500 millones de pesos, durante 1983. Para la misma población se contaba con 3,100 custodios, a razón de 1.6 por cada recluso, y con siete establecimientos para custodia. Por otro lado, el trabajo penitenciario, que debería ser la fuente de la autosuficiencia de las prisiones, ha sido objeto de innumerables críticas, bien por utilizarse como medio de explotación de los presos, o por constituir una competencia desleal para los trabajadores libres, cuando lo ha habido.

25. La incongruencia entre la naturaleza de la cárcel y sus propósitos, y la naturaleza del hombre, se deduce ya de lo expuesto; véase al respecto la parte introductoria de este capítulo, así como las notas y referencias que le corresponden.

La inconstitucionalidad en la operación de las prisiones, en nuestro caso, resulta del rango que tiene la materia en nuestro derecho positivo y del incumplimiento cotidiano que se da al artículo 18 constitucional, segundo párrafo. La ilegalidad resulta del incumplimiento de los gobiernos de sus respectivas leyes de ejecución de penas, inspiradas en el ideal rehabilitatorio seguido por las "normas mínimas"; pero que no tienen correspondencia con la realidad social a que están destinadas, y, en consecuencia,

tampoco con la práctica penitenciaria respectiva, en muchos aspectos. Véase sobre el particular, el apartado referente al tratamiento progresivo técnico (4.7.4.) en el capítulo IV, supra, y las notas que le corresponden, particularmente la número 66.

26. En realidad, no es irreparable por inherencia en los casos de error judicial -como la pena de muerte-, no obstante, en la mayoría de los pueblos funciona como irreparable. En México se han hecho intentos porque se reconozca legalmente la obligación del Estado de reparar los daños causados a una persona sentenciada, cuando se descubre que es inocente del delito que se le imputó; empero, los proyectos no han tenido éxito. La última tentativa se hizo con el anteproyecto de código penal tipo de 1983, en su artículo 65.

La justeza en la asunción de responsabilidad por parte del Estado en tales casos, parece fuera de toda discusión. La sociedad no debe permitir que se dañe - a veces de manera devastadora e irrecuperable- a ninguno de sus miembros; luego de lo cual quiera subsanarse el error con un simple: "usted disculpe".

27. Alvaro Gálvez y Fuentes, conductor, "Encuentro sobre sistemas penitenciarios", participantes: Antonio Beristáin, Pierre Bouzat, Sergio García Ramírez, Roberto Pettinato, Alfonso Quiroz Cuarón, José León Sánchez, T.V. canal 2, 11 y 18 enero 1975. Versión mecanográfica en Criminalia, año XLI, nos. 7-12, México, jul. dic. 1975, p. 337.

28. Para la crisis de la libertad, véase la nota 70 al capítulo IV, supra. Relacionado con su índole antirrehabilitadora y en consecuencia con la reincidencia de los exreclusos, los científicos sociales han dedicado esfuerzos a estudiar la comunidad penitenciaria y han llegado a caracterizar a una "cultura de detenidos" y al proceso de adaptación social que indefectiblemente siguen los nuevos reclusos para poder encajar en ella. D. Clemmer lo denominó "proceso de prisionalización" y lo define como "la adopción" - por todo recluso- "en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la penitenciaría". Su relación con la reincidencia algunos la consideran directa y otros intrascendente.

Suele asociársele con el principio de menor elegibilidad, que fue precisado en el aparte 5.2. in fine, como concausa de que las gentes pobres, miserables, de la sociedad, encuentren que las prisiones son "albergues cómodos" y deseen retornar a ellas cuando recobran su libertad.

29. Contra la corta prisión se dice que: (a) es inútil para la rehabilitación y para la prevención general, ya que una estancia corta no enmienda, no regenera, no intimida; (b) es nociva, vejatoria y humillante para quienes conservan el sentimiento del honor, deteriora el autoconcepto y arroja vergüenza y estigma sobre quienes la padecen y sus familiares; (c) priva del trabajo y por consiguiente del salario, de modo que el reo se ve imposibilitado para subvenir a las necesidades más urgentes de su familia, con los consiguientes efectos negativos; (ch) es moralmente contaminante, ya que por lo general el reo se relaciona con otros delincuentes de mayor peligrosidad; (d) constituye una carga onerosa e inútil para el Estado, etc.
30. Anne Newton, op. cit. p. 136.
31. Michel Foucault, op. cit. p. 273.
32. L. T. Hobhouse, "Morals in evolution", Law and justice, 1915, p. 113, citado por Máximo Pavarini en op. cit., pp. 181-82.
33. Cf. Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, Criminología crítica, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Ed., S.A., 1981; Richard Quinney, op. cit.
34. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, trad., pról., epíl. por Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Edit. J.M. Cajica, 1957, pp. 106-7.
35. Cf. Elías Carranza, et al., El preso sin condena en América Latina y el Caribe, San José, Costa Rica, ILANUD, 1983.

36. Denis Szabó, Criminología y política en materia criminal, México, Siglo Veintiuno Edit., 1980, p. 227.
37. Véase supra, apartado 1.3 y notas y referencias correspondientes.
38. Cf., inter alia, José M. Rico, op. cit., pp. 9-47; 70-95.
39. Frank Tannenbaum, op. cit.
40. Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 7a. ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Sudamericana, 1976, pp. 42-45.
41. Cf. Alfred Heijder, "Can we cope with alternatives?", Crime and Delinquency, USA., vol. 26 no. 1, jan. 1980, pp. 1-9.
42. Cf., inter alia, Héctor Solís Quiroga, "Delinquentes en libertad", México, El Nacional, jul. 3, 1978; Mark Umbreit, "Danish use of prisons and community alternatives", Federal Probation, vol. XLIV no. 2, 1980, pp. 24-28; H. H. Brydenscholt "Crime policy in Denmark: How we managed to reduce the prison population", Crime and Delinquency, USA., vol 26 no. 1, jan. 1980, pp. 35-41.
43. Cf., entre otros, John P. Conrad, "We should never have promised a hospital", Federal Probation, USA., december 1975; Richard Quinney, op. cit., pp. 23-43.
44. Cf. Massimo Pavarini, op. cit., pp. 79-89; 163-65 Ricardo Flores Magón, Antología, int. y selec. por Carlos-Aguirre Beltrán, México, UNAM., 1970 p. 34; Manuel González Ramírez, (a) Planes políticos y otros documentos, t. 1, México, Fondo de Cultura Económica, 1954, pp. 3-29; (b) Manifiestos políticos (1892-1912), T. IV, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 369-75.

Para los partidarios del enfoque materialista de la cuestión criminal, la prevalencia antiinstitucional en el control social, sobre la práctica segregativa o institucional, se debe a razones económicas y no al triunfo de la hipótesis rehabilitadora como se ha pretendido explicar. Su punto de vista es que "... a la crisis fiscal del Estado de bienestar le resulta

demasiado caro el modelo segregativo que interfiera con el proceso de acumulación de capital" (Pavarini). Es te enfoque materialista-marxista de la cuestión criminal, se complementa interpretando a la prisión como un instrumento de represión de clase; a la ilegalidad de las clases trabajadoras contra la propiedad, como un intento por defender los niveles de supervivencia amenazados por la inflación; a la estadística criminal como un indicador del mercado de trabajo; a la ilegalidad económica, como una forma de acumulación vinculada al mantenimiento de los niveles de extracción de la máxima ganancia, etc. En suma, el enfoque materialista considera al sistema de derecho penal como un producto del sistema capitalista, cuya finalidad es controlar el excedente de población, esa porción de la clase trabajadora que no es necesaria para la producción capitalista.

En cierta manera, la misma concepción animaba las ideas del prócer revolucionario Ricardo Flores Magón, quien expresara: "...el crimen es el producto de la actual sociedad basada en el infortunio de los de abajo en provecho de los de arriba. Creo firmemente que el bienestar y la libertad son fuentes de bondad. Tranquilo el ser humano; sin las inquietudes en que actualmente vive por la inseguridad del porvenir; convertido el trabajo en simple ejercicio higiénico, ...desvanecida la codicia, la falsedad de que hay que hacer uso ahora para poder sobrevivir en este medio maldito, no tendrán razón de ser el crimen, ni la prostitución, ni la codicia..."

Igual interpretación de la criminalidad se contiene en el "Manifiesto del Partido Liberal Mexicano" y en el "Programa del Partido Liberal y Manifiesto a la Nación", donde por otra parte se propone: "Establecer, cuando sea posibles, colonias penitenciarias de regeneración, en lugar de las cárceles y penitenciarías en que hoy sufren el castigo los delincuentes" (postulado programático número 44).

45. Cf., inter alia, William D. Leeke y Hubert M. Clements, op. cit.; Richard W. Nice, "Halfway house aftercare for the released offender", Crime and Delinquency, vol. 10, no. 1, jan, 1964, pp. 8-14; Martin Wright, "Cutting prison overcrowding in Great Britain", Crime and Delinquency, jan. 1980, pp. 10-21.

46. José M. Pico, op. cit. pp. 123 y ss.

47. Cf. Massimo Favarini, op. cit. pp. 133 y ss.

El proceso y los mecanismos de criminalización-estigmatización, y su referencia al poder de definición y a la esfera política en que éste se inserta, son dos criterios por las teorías de la "reacción social" o "labelling approach", que llaman "criminalización primaria" a la previsión normativa de las conductas antisociales, y "criminalización secundaria" a la etiquetación propiamente; misma que hacen depender de, entre otras cosas, la discrecionalidad de los órganos del control social (policía, ministerio público, juez, etc.) y su operación a través de estereotipos; los niveles de inmunidad de las diferentes clases sociales y de la naturaleza criminógena del propio sistema de justicia penal.

48. Cf. Alfonso Quiroz Cuarón, Medicina forense, México, Editorial Porrúa S.A., 1977, pp. 272; 699; 963-64; Sergio García Ramírez, op. cit. (Justicia...), pp. 78; 167-69; Héctor Solís Quiroga, Sociología Criminal, 2a. ed., México, Edit Porrúa S.A., 1977, pp. 133 y ss; 233 y ss.

A propósito de la evolución de la criminalidad, ha de recordarse que Rafael Garófalo introdujo el concepto de "delito natural", luego Enrico Ferri definió la delincuencia "evolutiva", integrada por lo que Eugenio Florián llamó delitos "artificiales"; por su parte, Alejandro Lacasagne, de la escuela de criminología de Lyon, puntualizó que la criminalidad sigue a la civilización como la sombra al cuerpo; mientras que Alfredo Nicéforo, de la escuela italiana, señaló que la criminalidad no desaparece sino que se transforma; así, de los delitos primitivos, atávicos, musculares o violentos" se transita hacia los delitos evolutivos o cerebrales en los que lo determinante es la astucia. Elaborando sobre estas ideas, Sergio García Ramírez caracteriza la transformación del delito de la siguiente manera: del crimen natural se pasa al binomio natural-artificial; del crimen violento se ha pasado al fraudulento; del delito unisexual se pasa al bisexual; del delito adulto se pasa al precoz; del delito solitario se transita al crimen organizado; del crimen de una víctima al delito dis-

perso, y del estricto delito o "típico" al delito "ampliado" o antisocialidad difusa.

49. José M. Rico, op. cit., pp. 135-139.
50. Richard Quinney, op. cit., pp. 195 y ss.
51. Ibid., p. 199.
52. Cf., supra, capítulo II, aparte 2.4. "Período humanitario", y capítulo IV, aparte 4.7.4. "Tratamiento progresivo". Con las notas y referencias correspondientes.
53. Cf., entre otros, Richard Quinney, op. cit., pp. 31-41; 188-89; Mark Umbreit, op. cit.; H. H. Brydensholt, op. cit.; Martin Wright, op. cit.
54. Además de los congresos organizados por la CIPP y por la ONU, referidos en las notas 55 y 58, pueden mencionarse muchos otros eventos, entre los que destacan: los congresos internacionales de defensa social, los de derecho penal, los congresos panamericanos de criminología, los coloquios de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, los congresos internacionales de criminología, las reuniones del grupo europeo para el estudio de la desviación y el control social, y los múltiples simposios, coloquios, y jornadas llevados a cabo por los institutos interregional y regionales afiliados a la ONU y por las organizaciones privadas regionales, etc. En casi todos ellos se tratan los problemas de prevención y control del delito, y en muchos casos con énfasis penitenciario.
55. La Comisión Internacional Penal y Penitenciaria llevó a cabo doce congresos internacionales: I, Londres, 1872; II, Estocolmo, 1878; III, Roma, 1885; IV, San Petersburgo, 1890; V, París, 1895; VI, Bruselas, 1900; VII, Budapest, 1905; VIII, Washington, 1910; IX, Londres, 1925; X, Praga, 1930; XI, Berlín, 1935; XII, La Haya, 1950. En este último se acordó que las funciones de la CIPP se integraran a la ONU. En diciembre del mismo año, mediante la resolución 415 de la Asamblea General, tuvo lugar la transferencia de funciones. Tocó al jurista norteamericano Thorsten Sellin

ser su postrer secretario general y, por lo tanto, conducir los trabajos de liquidación, que concluye - ron en 1951, tras casi 30 años de fructífera labor.

56. William Clifford, "The Committee on Crime Prevention and Control", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 11-18.
57. United Nations Secretariat, "Summary of the work programme of the Crime and Criminal Justice Branch of the United Nations Secretariat", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, p. 19.
58. Cf. Manuel López-Rey y Arrojo, "The quinquennial United Nations congresses on the prevention of crime and the treatment of offenders", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 3-10.
- A la fecha, la ONU ha realizado siete congresos internacionales sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente: Primero, Ginebra, 1955; Segundo, Londres, 1960; Tercero, Estocolmo, 1965; Cuarto, Kyoto, 1970; Quinto, Ginebra, 1975; Sexto, Caracas, 1980; el Séptimo se llevó a cabo en 1985 y el Octavo congreso está programado para realizarse en 1990. Sobre los siete congresos la ONU ha publicado sendos informes que han sido preparados por el Secretariado de la Organización Mundial.
59. Este aparte se basa principalmente en: Sergio García Ramírez, Los derechos humanos y el derecho penal, México, SEP, Sepsetentas, 1976, pp. 69 y ss.
60. United Nations, First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Inform of the Secretariat, New York, 1956.
61. Michel Foucault, op. cit., pp. 274 y ss.
62. Cf. Yoshio Suzuki, (a) "The United Nations-affiliated Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 75-81; (b) "United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders", International Review of Criminal

- Policy, no 34, New York, 1978, pp. 75-81; (b) "United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders", International Review of Criminal Policy, no.32, New York 1976, pp. 59-60
63. Erik Harremoes, "The Council of Europe: Activities in the field of crime problems", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 87 - 92.
64. Abdel Wahhad El-Aschmaoui, "The activity of the League of Arab States in the field of social defence", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 85-86.
65. Cf. Richard W. Peterson, "Assignment in Mexico: The experience of United States magistrates in the mexican prisoner transfer program", Federal Probation, USA., 1979, 4, pp. 7-12; Decreto de promulgación del tratado entre México y los Estados Unidos de América, sobre la ejecución de sentencias penales, firmado en la Cd. de México el 25 de noviembre de 1976 (D.O. 10 XI-77); Decreto de promulgación del tratado entre México y Canadá, sobre la ejecución de sentencias penales, firmado en Ottawa, Canadá, el 22 de noviembre de 1977 (D.O. 26-III-79).
66. Donald H. Goff, "The alliance of non-governmental organizations on crime prevention and criminal justice", International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978, pp. 99-101.
67. Eduardo Novoa Monreal, El Derecho como obstáculo al cambio social, 5a. ed., México, Siglo Veintiuno, Edit., 1981, pp. 13-17; 147-48; Héctor Solís Quiroga, op. cit. (Sociología...) p. 290.
68. César Beccaria, op. cit., pp. 256-263.

Luego de afirmar que "es mejor prevenir los delitos que penarlos" y de establecer que el fin principal de toda buena legislación es la prevención, Beccaria recomienda como medidas para lograrlo: leyes claras, sencillas y justas; combate a la impunidad; fomento a la ilustración; interesarse en la observancia de

las leyes más que en su corrupción; recompensar las virtudes, y perfeccionar la educación (a la manera que la concebía J. J. Rousseau).

69. Luis Garrido, Ensayos penales, México, Ediciones Botas, 1952, pp. 23-27; Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 37-38.

Don Manuel de Lardizábal y Uribe en su obra: Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma, (1784) escrita por encargo de Carlos II, quien se proponía reformar la legislación española para imprimirle el sello humanitario; afirmó que "... contener o prevenir los malos efectos del delito; encadenar la fuerza y la violencia con los lazos suaves, pero fuertes; sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad; conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos... son los verdaderos objetos y el noble fin de toda legislación penal"

"... a ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas".

70. Cf. Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, México, Editorial Porrúa, S.A., 1979, pp. 341-344.

Congruente con sus concepciones de los factores criminógenos, entre los que destaca a los sociales, Ferrí propone combatir la delincuencia por sus causas, para lo que sugiere los sustitutivos penales", que categorizó de la siguiente forma:

- a. Providencias de orden económico: libre cambio, impuestos progresivos, impuestos a la fabricación y venta de alcohol, impuestos a los productos de lujo, creación de instituciones de crédito popular y agrario, creación de organismos que se ocupen de hacer casas baratas para los obreros, establecer el seguro social para accidentes de trabajo, etc.
- b. Providencias de orden político: reforma electoral, reforma política y parlamentaria, instituir el referéndum, la descentralización burocrática, etc.

- c. Providencias de orden científico: con ellas se refiere a los antidotos para evitar las nuevas formas de criminalidad que acompañan al progreso científico; esto es, a la antisocialidad científica habrá que combatirla con medios científicos: la fotografía, la química, la medicina forense, la toxicología, la computación como ejemplos modernos; acarrear su propia delincuencia, pero ellos mismos han de proveer los medios para combatirla.
- ch. Providencias de orden legislativo y administrativo: simplificación legislativa, abogado de los pobres (defensor de oficio), auxilio a las víctimas de los delitos, notariado, registro civil, orfanatorios, patronatos para reos liberados, centros para madres solteras, etc.
- d. Providencias de orden religioso: prohibición de las procesiones públicas, suprimir conventos, abolir peregrinaciones, favorecer el matrimonio de los clérigos, disminuir el lujo de las iglesias, etc.
- e. Providencias de orden familiar: permitir el divorcio, obligar el matrimonio civil, reglamentar la prostitución, privilegiar a los casados en empleos, etc.
- f. Providencias de orden educativo: alfabetizar al pueblo, prohibir espectáculos atroces (peleas de gallos, corridas de toros, peleas de perros), suprimir casas de juego, educar en lo físico y en lo intelectual, proteger a la infancia abandonada, restringir las publicaciones deshonestas (pornografía) y morbosa (nota roja), etc.

Como puede apreciarse fácilmente, los substitutivos penales de Enrico Ferri constituyen medidas destinadas a anular la etiología del delito, a sanear el ambiente social, extirpando o atenuando las condiciones que favorecen la generación del crimen; y como tales, pertenecen más bien al ámbito de la política social que al de la política criminal, en su sentido estricto.

71. Manuel López-Rey y Arrojo, op. cit., p. 8.
72. Cf., inter alia, Richard Quimney, op. cit.; Massimo Pavarini, op. cit.; Alessandro Baratta, op. cit.; Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, op. cit.; David Schichor, "The new criminology: some critical issues", The British Journal of Criminology, vol. 20, no. 1, jan. 1980, pp. 1-19.

CAPITULO VI

ABATIMIENTO DE LA RECLUSION

6.1. Introducción

Como se ha dejado ver en las páginas anteriores, los males de la prisión en cualquiera de sus formas en los procedimientos penales -sea como simple detención de imputado, como prisión preventiva o como prisión compurgato -ria- son legión, y a veces de irreparables e imprevisibles consecuencias; por ello se explican y justifican tanto los esfuerzos para disminuir su uso, que en ocasiones deviene en abuso, como la brega a favor de un alejamiento progresivo de su práctica tradicional, como internamiento continuo y frecuentemente prolongado. En este capítulo se hará la reseña de algunas medidas concretas que se consideran enminadas a la consecución de tales objetivos. Por razones obvias, conforme se vayan presentando estas medidas correctivas o sustitutivas de la prisión, se las relacionará con la legislación penal y penitenciaria del Distrito Federal y federal.

6.2. Medidas encaminadas al abatimiento de la reclusión

De entrada, cabe advertir que en modo alguno se pretende siquiera mencionar todas las providencias orientadas al abatimiento de la prisión; ya que en un sentido amplio, todas las penas y medidas de seguridad, que no impliquen privación de libertad, podrían ser referidas como medidas potencialmente valederas para disminuir el aprisionamiento. Lo mismo podría decirse de algunas medidas de política criminal, tales como: mayor flexibilidad en la determinación legal de los delitos perseguibles sólo por querrela del ofendido, facilitar en el proceso el otorgamiento del perdón, la prontitud y expedición en los procedimientos penales; que directa o indirectamente inciden en los aspectos cuantitativos de la prisión. En este caso sólo se aludirá a aquellas medidas consideradas de mayor relevancia, con tándose entre ellas las recientemente incorporadas al dere

cho positivo mexicano (1). Al hacerlo, como se puede observar en la tabla 2, se adopta parcialmente el criterio de clasificación seguido en el informe del Subcomité no.XXVIII del Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo Europeo, que fija como directriz el momento de la decisión judicial sobre la culpabilidad (2).

TABLA 2

MEDIDAS ENCAMINADAS AL ABATIMIENTO
DE LA RECLUSION

PREVIAS A LA DECISION JUDICIAL SOBRE LA CULPABILIDAD	POSTERIORES A LA DECISION JUDICIAL SOBRE LA CULPABILIDAD
.Libertad previa o ministerial	.Preliberación
.Abstención o suspensión condicional de la acción penal	.Prisión abierta
.Arraigo local	.Libertad condicional
.Arraigo domicilio - rio	.Parole
.Transacción	.Remisión parcial de la pena
.Libertad provisio - nal bajo caución	.Condena de ejecu - ción condicio - nal simple
.Libertad provisio - nal bajo protesta	.Condena de ejecu - ción condicio - nal supervisada
	.Probación
	.Multa
	.Indemnización
	.Reparación de da - ños y perjui - cios
	.Arresto domici - liario
	.Tratamiento en libertad
	.Trabajo en favor de la comunidad
	.Vigilancia de la autoridad
	.Reparación simbó - lica
	.Arrestos de fin de semana
	.Semilibertad o Semidetención
	.Confinamiento

6.2.1. Providencias previas a la decisión judicial sobre la culpabilidad

Entre las medidas localizadas en este momento procedimental se cuentan algunas de larga tradición, como las libertades provisionales bajo caución y bajo protesta y el arraigo en sus modalidades de local y domiciliario; junto a otras de más moderno cuño, como la libertad previa o ministerial, la transacción y la abstención o suspensión condicional de la acción penal. Algunas de ellas operan en el procedimiento de averiguación previa a la consignación ante los tribunales y otras con posterioridad a éste; empero, en ambos casos, se parte del supuesto de que, prudentemente administradas, con ellas: (a) se responde satisfactoriamente a la necesidad de que el imputado cumpla con sus obligaciones procedimentales, eventualmente procesales; (b) se garantizan los demás objetivos de la prisión preventiva (3), en su caso; (c) se obtiene más pronta reparación del interés afectado, (ch) se favorece la economía procesal, y (d) se guarda mayor congruencia con la presunción de inocencia que debe beneficiar al imputado, en tanto no se le declare culpable legalmente.

6.2.1.1. Libertad previa o ministerial

Denomínase previa o ministerial, a la liberación condicional y provisional concedida por el órgano encargado de la persecución de los delitos, mientras resuelve sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, en tratándose de delito no intencional o culposo, exclusivamente, y siempre que no se abandone al ofendido; previa garantía del inculpado de someterse a la acción de la justicia y de pagar la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos; sin que sea requisito la caución cuando se trate de delito que merezca pena alternativa o no privativa de libertad.

El anterior concepto está acorde con los códigos de procedimientos penales para el Distrito Federal y federal (CPP y CFD), donde se dispone además la obligación del presunto responsable de comparecer ante el ministerio público, para la práctica de diligencias de averiguación previa, y, en su caso, ante el juez a quien se consigne la causa, tan luego éste lo ordene.

La libertad previa o ministerial, introducida en

1971 en el CPP y en 1976 en el CFP, con aplicación original sólo a los delitos con motivo del tránsito de vehículos y que fue extendida a los ilícitos no intencionales mediante las reformas penales de 1982, tiene como finalidad que los presuntos responsables de delitos imprudenciales no sufran la privación de su libertad durante la fase de averiguación previa.

Esta especie de libertad caucional puede terminar por revocación, cuando el indiciado desobedece las órdenes del Ministerio Público, sin causa justificada, en cuyo caso la autoridad podrá hacer efectiva la garantía. Esta se cancelará y en su caso se devolverá, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que el presunto responsable se presente ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución (Art. 271 del CPP y 135 del CFP).

6.2.1.2. Abstención o suspensión condicional de la acción penal

Esta medida, que obedece a la aplicación del principio de la oportunidad, y que probablemente constituye la antesala de la despenalización, consiste en el poder otorgado a la autoridad en el ejercicio de la acción penal, de abstenerse de iniciar ésta o bien suspenderla cuando el interés público lo aconseje y las condiciones personales del infractor lo permitan. Por lo general, tal abandono de la acción pública está condicionado a que el inculpado acepte y cumpla ciertas condiciones.

Hay algunos autores, como Cuello Calón, que aconsejan esta medida sólo para infracciones muy leves y para delinquentes no peligrosos; otros la recomiendan con mayor liberalidad. En cualquier caso, el dilema entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de oportunidad, tendría que resolverse a favor de este último. Actualmente, tal poder más o menos discrecional existe en la práctica de varios países, entre los que destacan Japón, Suecia, Alemania Federal, Francia, Holanda, Noruega, Estados Unidos y Canadá: en estos dos últimos se presenta bajo el concepto de "discretionary diversion" (4).

6.2.1.3. Arraigo local y domiciliario

El arraigo consiste en imponer al presunto responsable la obligación de permanecer en su población de residencia o en su domicilio, de donde no podrá salir sin permiso de la autoridad, quien lo tendrá sujeto a vigilancia o supervisión. El arraigo puede ser impuesto en la fase de averiguación previa o bien en la fase procesal, y puede ser una medida administrativa, cuando la dispone el ministerio público, o judicial cuando se reserva a la decisión del juez de instrucción.

El CPP prevé expresamente, tanto el arraigo local como el domiciliario con la facultad de trasladarse el indiciado al lugar de su trabajo, a partir de las reformas de 1982 (Art. 270 bis. y 271). Aunque el CPP no lo precisa, se estima que no existe impedimento legal para que los jueces federales apliquen el arraigo domiciliario como medida procesal, en virtud de que el Artículo 205 del CPP (reforma de 1983), los faculta a disponer el arraigo con las características que consideren conveniente (Art. 133 bis, 134 y 205).

6.2.1.4. Transacción

Las ideas prevaletentes en materia de política social, recomiendan que solamente se considere el remedio penal como el último recurso del Estado para solucionar problemas de la comunidad. Por ello, se sostiene, el proceso penal no debe promoverse sin que previamente la autoridad agote todos los recursos que tenga a su alcance, para satisfacer los intereses lesionados con el delito.

De acuerdo con la anterior premisa, algunas legislaciones han introducido el arreglo negociado entre el inculgado y el ofendido como medio para procurar justicia (5). Esta filosofía fue asumida en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, durante el sexenio 1976-1982 y trascendió a las demás entidades federativas. La instancia conciliatoria durante la averiguación previa en los delitos perseguibles por querrela, fue creada en el Distrito Federal mediante acuerdo del Procurador General del 6 de marzo de 1979 (A/41/79) e incorporada al CPP en 1982; pero no resistió los embates de algunos prestigiados juristas que tuvieron a su cargo esta materia en el actual sexenio, y al siguiente año fue derogada (6).

6.2.1.5. Libertad provisional bajo caución

La libertad caucional es la antítesis de la prisión preventiva, y consiste en la excarcelación de los individuos sujetos a proceso, cuando, tomando en cuenta la gravedad del ilícito imputado y la garantía económica otorgada, se considera que no se justifica mantenerlos privados de su libertad. Independientemente de su supuesta peligrosidad.

La libertad caucional tiene rango constitucional en el derecho mexicano y es una garantía que tiene todo proceso, condicionada únicamente a que el delito que se le impute, incluyendo sus modalidades, merezca pena cuyo término medio aritmético no exceda los cinco años de prisión, y otorgue la caución que fije el juzgador, que en virtud de las últimas reformas a la Fracción I del Artículo 20 de la Constitución Federal, podría ser inclusive garantía prendaria (D.O. 14-I-95); sin perjuicio de las obligaciones procesales que contrae el liberado al permanecer sub judice, que por lo general se concretan en: presentaciones ante el tribunal de conocimiento, comunicar los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso (Art. 556 y ss. del CPP; 399 y ss. CFP).

Esta especie de libertad perentoria, tiene como finalidad que los procesados que cumplan con los requisitos constitucionales y obligaciones procesales a que se refiere el párrafo precedente, disfruten de libertad en tanto se tramita su causa; procurando así armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos, y al mismo tiempo, el de no dejar sin sanción una conducta punible.

6.2.1.6. Libertad provisional bajo protesta

La libertad protestatoria o libertad juratoria, como también se la llama, es una forma de excarcelación procesal, que además de atender a la poca gravedad del delito cometido -generalmente que la pena máxima aplicable no exceda de dos años de prisión- enfatiza también las circunstancias personales del inculpaado; tales como, residencia, confiabilidad y su carácter de primodelincuente. El beneficiario con esta especie de libertad cautelar queda sujeto a análogas obligaciones procesales que los liberados bajo caución económica. Tanto el CPP como el CFP exigen de los requisitos de procedencia cuando el reo cumpla la pena

impuesta en primera instancia y esté pendiente de resolverse el recurso de apelación. El primero de estos ordenamientos exenta además en los casos en que la prisión preventiva transcurrida, equivalga al máximo de pena que la ley fija para el delito que motivó el proceso (Art. 552 y ss. CPP y 418 y ss. CPP).

La nota más sobresaliente de la libertad protestataria es que no requiere garantía económica, de ahí que se pueda afirmar que su objetivo primordial consiste en reducir el número de personas que se encuentran en prisión preventiva, que aunque están en condiciones procesales de ser puestos en libertad provisional, porque la ley adjetiva preve y permite su excarcelación bajo caución económica, no la pueden obtener porque carecen de los medios económicos para ello.

La importancia de la libertad juratoria es indiscutible a la luz de dos hechos ya apuntados en páginas precedentes: (a) el mayor número de sujetos privados de la libertad son presos sin condena, y (b) la mayoría de estos pertenecen a la clase baja y carecen de recursos económicos (7). Así las cosas, todo parece indicar que la libertad provisional bajo caución, no obstante sus bondades, en muchos casos pone en evidencia la desventaja en la situación procesal de los individuos económicamente débiles, que aunque con mayores sacrificios pudieran verse beneficiados con la libertad caucional, las demoras, cuando no las negativas, por razones exclusivamente económicas, parecieran un castigo a su pobreza.

6.2.2. Providencias posteriores a la decisión judicial sobre la culpabilidad

Parece oportuno recordar aquí, que los límites entre tratamiento en libertad y tratamiento institucional no están tan nítidamente trazados como vudiera pensarse. Además de las medidas semiinstitucionales, como la semilibertad, e institucionales discontinuas, como el arresto de fin de semana; en algunas legislaciones se recurre a cierta institucionalización (8) aun en la aplicación de ciertas medidas no institucionales como la probación ("halfway-in houses", "hostels", "foyers").

Algunas medidas citadas en este apartado se originaron por la inquietud de mejorar lo penitenciario; esto es,

primordialmente respondieron a la necesidad de subsanar los males o contradicciones que tan insistentemente se señalaron a la prisión penitenciaria; como tales, son instituciones de derecho penitenciario, tienen lugar en la fase ejecutiva de la pena y quedan inscritas en la corriente correcionalista o rehabilitadora citada supra. Consecuentes con lo anterior, algunos autores las refieren acertadamente como "correctivos de la prisión" (9); entre ellas destacan la libertad preparatoria o condicional -parole en el sistema anglosajón-, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la prisión abierta. Empero, otras providencias fueron concebidas como penas alternativas de la reclusión; o sea, con el claro designio de suprimir o sustituir a la prisión compurgatoria desde el principio por decisión judicial; son pues sanciones en libertad o en medio abierto. Entre ellas se cuentan a algunas relativamente añosas como la suspensión condicional de la ejecución de la sanción o condena condicional y la conmutación de cárcel por multa; al lado de otras más modernas, como el tratamiento en libertad y la semilibertad o semidetención, inspiradas en los correctivos de la prisión.

6.2.2.1. Preliberación y prisión abierta

La preliberación y la prisión abierta fueron reseñadas supra, en los apartados 4.7.4. y 4.7.3. respectivamente, que se dan por reproducidos en esta sección. Enseguida se tratarán otras medidas rectificadoras de la prisión, concretamente la libertad condicional y la remisión parcial de la pena privativa de la libertad.

6.2.2.2. Libertad condicional. Parole

La libertad condicional, también llamada libertad preparatoria, es equivalente a la libertad bajo palabra de honor del sistema anglosajón -"on parole"- en su uso tradicional (10). En virtud de esta institución, el condenado puede gozar de libertad anticipada al cumplimiento efectivo de la pena, luego de haber compurgado una parte de ella y cumplir ciertos requisitos (Art. 84 y ss. CP; 583 y ss. CPP; 540 y ss CPP). Su origen está en el "ticket of leave" ideado por el capitán de la marina real inglesa, Alejandro Maconochie, en las colonias penales de Australia en 1844. Desde 1845, A. Conneville la propuso en Francia con el nombre de libertad preparatoria y la definió como "el derecho

que tendría la administración, previo aviso a la autoridad judicial, de poner en libertad provisional, después de un tiempo suficiente de expiación y mediante ciertas condiciones, al recluso completamente enmendado, a reserva de reintegrarlo a la prisión a la menor queja fundamentada" (11). Y la apoyó con el siguiente argumento, correccionalista de pura cepa, igualmente válido para apuntalar la sentencia indeterminada: "... así como el médico prudente interrumpe su medicación o la continúa según que el enfermo haya o no llegado a una perfecta curación, así también, en la primera de estas dos hipótesis, la expiación debería cesar en presencia de la enmienda completa del condenado, ya que en este caso toda detención se ha vuelto inútil, y por consiguiente tan inhumana para con el enmendado como vanamente honerosa para el Estado" (12). De Inglaterra pasó a la Europa continental donde la acogieron Portugal, Francia, Alemania, Suiza, Italia, Holanda, Suecia y Noruega, y ya en los primeros años del presente siglo se la encuentra en virtualmente todos los países occidentales y no pocos orientales. México la recibió en su primer código penal de aplicación federal: el "Código Martínez de Castro", de 1871.

6.2.2.3. Remisión parcial de la pena

La remisión parcial de la pena tiene sus antecedentes en el código penal español de 1822, en el que se dispuso la "rebaja de la pena" con apoyo en el arrepentimiento y la enmienda del condenado. Llegó a México a través del bosquejo de código penal para el Estado de México, de 1831, de donde transitó hasta Veracruz para quedar establecida en el primer código penal vigente de la República, el veracruzano de 1835; donde se siguió un criterio matemático y moralista para su concesión (número de días trabajados + arrepentimiento y enmienda) según informes que el gobierno recolectase de los jefes de los establecimientos. Posteriormente, en España misma, la reducción de penas por el trabajo ha sido contemplada por diversas disposiciones legales (decretos del 28 de mayo de 1937, 9 de junio de 1939 y 24 de febrero de 1945). En México, el Código de Defensa Social de Puebla, de 1934, la incluyó y la conservó por espacio de diez años; en Durango se establecieron formas de reducción de penas en 1945 y 1947; en Zacatecas se estableció de manera imperfecta desde el punto de vista de la técnica jurídica, mediante reglamento administrativo de 1965; y ya en un marco científico que buscó superar el criterio

matemático-moralista tradicional, se estableció en el Estado de México, en agosto de 1963, como un derecho del reo (13). Poco después, en 1971, se plasmó como aspiración nacional en las Normas Mínimas, que al ser reformadas en 1982, la fortalecen como institución penitenciaria y la regulan con mayor amplitud.

Tal y como se preve en las legislaciones modernas, puede decirse que la remisión parcial de la pena es una institución de derecho penitenciario, mediante la cual la autoridad ejecutora redime parcial y condicionalmente la pena privativa de la libertad, con apoyo en un juicio técnico sobre la personalidad del sentenciado, en el que se valora su aplicación al trabajo, su conducta, su participación en las actividades educativas y otros datos que revelen su efectiva readaptación social. En México, como en otras partes, el cuántum de la remisión es de un día de prisión por cada dos de trabajo, siempre y cuando el reo cumpla los requisitos ya enunciados, repare los daños y perjuicios causados o garantice su reparación y se sujete a las condiciones que disponga la autoridad; que son las mismas que están previstas para quienes disfrutan de libertad preparatoria (Art. 16 NM en relación al 94 y ss. del CP).

La remisión parcial de la pena por el trabajo, además de ser un correctivo de la prisión, es una alternativa para remitir la pena sin los vicios del indulto (14), ya que se convierte en un derecho del reo y una obligación de la autoridad cuando se llenan los requisitos y las condiciones de ley. Como prueba de su potencialidad, cabe advertir que, por lo menos teóricamente, la remisión parcial de la pena conexonada con la libertad condicional, podría reducir significativamente el término de la reclusión, siempre y cuando se contara con reglamentos precisos que permitieran claridad y objetividad en las femosas "cuentas" y ordenaran su aplicación en el sentido más favorable al reo. El siguiente ejemplo ilustra los alcances de la remisión parcial combinada con la libertad condicional: si por un determinado delito imprudencial se condena a su autor a cinco años de prisión, este período puede reducirse hasta en una tercera parte en virtud de la remisión de pena por el trabajo; esto es, a tres años y cuatro meses; luego, una vez que se compurgue la mitad de la condena, podrá obtenerse la libertad condicional, o sea, al año ocho meses de reclusión, lo que implica una reducción del 66% en el

término del período primordial del aprisionamiento. Tratándose de un ilícito intencional por el cual recayera sentencia de cinco años de prisión, la remisión podría reducirse hasta tres años cuatro meses; de los cuales tendrían que pasarse en custodia únicamente las tres quintas partes, o sea, dos años, equiparables a una reducción del 60% en el período de internación según la condena.

6.2.2.4. Condena de ejecución condicional. Probación

Que se haga referencia a la condena de ejecución condicional y a la probación en este mismo apartado, no significa que se las considere instituciones idénticas. El enfoque compartido se explica porque ambas medidas penales participan en su origen de la misma esencia y fines, y en su evolución se han influenciado recíprocamente, aunque tengan identidad nominal propia, pertenezcan a sistemas jurídicos disímiles y en su transformación transiten por caminos diferentes. Por otro lado, si ha de aceptárseles común origen, tendrá que convenirse que la institución nació como sistema de prueba ("probation system") en los Estados Unidos de América, concretamente en Boston Massachusetts, en la primera mitad del siglo XIX, donde primero se usó con menores infractores y poco más tarde con adultos (15). Pronto se difundió en toda América y Europa bajo los auspicios de la Unión Internacional de Derecho Penal -dirigida por Franz von Liszt- y de la Comisión Internacional Penitenciaria, que la proponía como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración. Así, Bélgica la adoptó en 1888, Francia en 1891, los Estados Alemanes en 1895, Noruega en 1904, Dinamarca en 1905, Suecia en 1906, etc.

La probación o sistema de prueba, es la suspensión de la imposición (Massachusetts; Inglaterra) o de la ejecución (Missouri) de una sentencia durante un período de libertad en la comunidad, condicionada, entre otras cosas, a la buena conducta del delincuente. Incluye supervisión personal así como guía y asistencia individual a los delincuentes por parte del Estado. Si el delincuente viola la probación, el juez simplemente hace efectiva la sentencia o la dicta y ordena su ejecución. Para su éxito, el trabajo de los oficiales de prueba ("probation officers") es fundamental y no lo es menos la asistencia adicional que se otorga al sujeto (16).

Esta institución fue provista originalmente como una forma de evadir o evitar el aprisionamiento a través de la sentencia correspondiente suspendida. Ahora, varios Estados de la Unión Americana la han instituido como una pena autónoma, esto es, como una alternativa de sentencia, y en esta modalidad se identifica más con el tratamiento en libertad, cuando la liberación está condicionada al tratamiento, o con la vigilancia de la autoridad, cuando no. Su uso en los Estados Unidos es muy común: en 1980 se estimaba que del total de sentenciados en ese país, entre un 50 y un 80% estaban bajo el sistema de prueba en sus diferentes modalidades (17).

La condena de ejecución condicional, o condena condicional como también se la conoce, permite la suspensión de la ejecución de la sentencia, por decisión judicial, a los delincuentes de baja peligrosidad condenados a prisión por poco tiempo (dos o tres años), bajo una serie de condiciones atinentes a la confiabilidad del penado y a la reparación del daño. Si el beneficiado con la condena condicional cumple los términos en que ésta le es concedida, al transcurrir el tiempo previsto por la ley la sanción se extinguirá, en caso contrario deberá cumplir en prisión su condena y si cometiera nuevo delito se le harán efectivas ambas sentencias (artículos 90 y 50 bis, CP; y 536 ss, CFP).

La condena de ejecución condicional, como tal, inició su propagación en Europa y Latinoamérica a partir de la ley Belga de 1888 y la ley Sélanger, de la Francia de 1891; como la instituyeron estas dos disposiciones se configuró el llamado sistema franco-belga de la condena condicional no supervisada. En los últimos 40 años se ha operado un movimiento favorable a la condena condicional supervisada en muchos países tradicionalmente partidarios del sistema franco-belga. En México, desde el proyecto de reformas al código Martínez de Castro, elaborado por Miguel S. Macedo en 1901, se pretendía introducir la condena condicional, pero tocó al código penal de San Luis Potosí de 1921, ser el primero en recibirla, y 8 años después la instituyó también el código Almaraz; ambos de acuerdo al proyecto de Macedo. En el código penal de 1931 se mejoró la institución y con las reformas penales y penitenciarias de 1971, 1982 y 1984, la preferencia por la condena condicional supervisada se acentuó.

6.2.2.5. Sanciones pecuniarias

Bajo este rubro se hará referencia a tres especies de medidas penales de carácter económico, a saber: la multa, la indemnización a la víctima a cargo del autor del delito, y la reparación de daños y perjuicios.

La multa consiste en la obligación a cargo del delincuente, de pagar al fisco cierta cantidad de dinero que se fija en la sentencia. A pesar de sus evidentes ventajas sobre la prisión compurgatoria, la multa ha tropezado con obstáculos importantes, principalmente en orden a la equidad al fijar su monto y a la situación de insolvencia de gran parte de la población inculpada. La primera objeción tiende a neutralizarse con la práctica orientada a fijar la multa en proporción a las necesidades económicas del acusado; un medio idóneo a este propósito es el sistema finlandés de los "días multa", que permite al juez considerar los ingresos y gastos diarios de los acusados para determinar el monto de la sanción. En cuanto a la insolvencia de los obligados, ésta tiende a solucionarse mediante la concesión de plazos para el pago y el trabajo penal sin reclusión con confiscación de parte del salario. Por último, para no incurrir en el contrasentido de castigar a la pobreza y no la culpa del acusado cuando efectivamente no pueda pagar, existen las figuras de la sustitución y de la conmutación que permiten reemplazar la multa por otro tipo de sanción no privativa de libertad (18).

La indemnización consiste en obligar al acusado a entregar a su víctima, a título de pena, cierta cantidad de dinero. Es una institución bastante añeja que se remonta al sistema de composiciones legales, ya prevista con claridad en el antiguo derecho hebreo y en el propio Código de Hammurabi (Art. 206, 209, 251, etc.) (19). Su orientación moderna como sustitutivo de la pena de prisión se basa en que determinados ilícitos lo son por atentar contra ciertos derechos de las personas, sin constituir una amenaza grave al orden público; y en tales casos la utilidad pública se satisfaría con que el acusado entregase una compensación a quien ha sufrido el mal del delito.

La reparación de daños y perjuicios consiste en la obligación a cargo del delincuente, de pagar a su víctima cierta cantidad de dinero para resarcirle el menoscabo material y moral ocasionado por el delito. Además de consti-

tuir una obligación del responsable de todo delito, en algunas legislaciones tiene el carácter de pena pública. Su pago o garantía constituye, por lo general, un requisito sine qua non para poder disfrutar de la libertad provisional en cualquiera de sus especies, así como para poder obtener los beneficios de la remisión parcial de la pena de prisión y de la sustitución o conmutación de sanciones.

El CP engloba las especies multa y reparación del daño bajo el género de sanción pecuniaria. La primera de estas medidas la contempla como pena accesoria, principalmente, pero también como sustitutiva de la prisión, cuando ésta no exceda de un año, y conmutativa del confinamiento cuando se trate de delitos políticos (Art. 70-73 CP.); en contados casos la refiere como pena principal autónoma o alternativa (Arts. 159, 182, 188, 248, 191, 210, 253, 350 y 356 CP). Además, establece un sistema uniforme para la fijación de la multa, utilizando la modalidad de los "días multa"; sin embargo, en el cuerpo del código se conservan los sistemas de "cantidades fijas" -en algunos casos irrisorias por insignificantes- y de "x veces el salario mínimo diario", lo cual no deja de ser una incongruencia. Lo anterior trató de subsanarse, al parecer de manera imperfecta, en un artículo transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984, disposición que por cierto se omite en las ediciones de uso más común del CP.

Atendiendo a las objeciones en torno a la inequidad, el multicitado ordenamiento faculta a la autoridad a quien corresponda el cobro de la multa, a fijar plazos para el pago de ella; y para evitar castigar la indigencia, se autoriza al juez para que la sustituya por prestación de trabajo bajo en favor de la comunidad o por libertad bajo vigilancia, cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar (Arts. 24.6, 29 y 33 CP).

Por lo que se refiere a la reparación del daño, bajo este concepto el CP incluye la restitución y la indemnización del daño moral y material y de los perjuicios causados. Tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, la reparación del daño abarca la restitución y además, hasta el doble del valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito. Se contempla también la flexibilidad en cuanto a plazos para su pago (Arts. 30 y ss. CP).

6.2.2.6. Reparación simbólica

La imposición de una conducta a manera de reparación simbólica, se inspira en cierto modo en el concepto beccariano de proporcionalidad y analogía de las penas, que consiste en buscar, cuanto más se pueda, la conformidad de la naturaleza e intensidad de la pena con la naturaleza y gravedad del delito sancionado (20). Esta modalidad de pena implica la realización de una conducta encaminada a hacer ver al sentenciado lo antisocial de su proceder y tiende a reparar -simbólicamente- los efectos de su acto ilícito. José M. Rico cita como antecedentes dos sentencias del juez alemán Holzchuck; en la primera, que le valió el mote de "juez de chocolate", condenó a una empleada doméstica a destinar una porción de su sueldo a la compra de bombones de chocolate para los pensionarios de un orfanato, por haber robado para satisfacer su glotonería; en la segunda, los jóvenes incendiarios de un bosque fueron condenados a reforestarlo (21). Luego, mediante reformas legales se hizo más común en Alemania este tipo de sentencias y ahora es una medida frecuente en varios países para el caso de delitos con motivo del tránsito de vehículos.

Inscrito en el movimiento estadounidense de sentencias alternativas, cabe mencionar aquí al Centro Nacional sobre Instituciones y Alternativas (NCIA), fundado en 1975 por Jerome G. Miller, en Washington, donde se diseñan planes de castigo a la "medida del cliente" con la cooperación de jueces y abogados, procurando que las sanciones además de severas sean constructivas. Muchos de estos planes incluyen medidas de reparación simbólica, por ejemplo: la donación de tres mil libros "limpios" a la biblioteca de la cárcel del condado, como sanción a un traficante en pornografía; en otros casos se recurre a las órdenes de servicio comunitario, por ejemplo: proveer cortes de pelo gratis en un centro del Ejército, como castigo a un peluquero que robó a esa institución. Otras veces se combinan varias medidas, por ejemplo: participar en un programa de alcoholismo y de psicoterapia y tres años de trabajo voluntario en una unidad hospitalaria de emergencia, como pena a un ladrón de automóviles bajo el influjo del alcohol y otras drogas.

6.2.2.7. Semilibertad. Arrestos de fin de semana

La semilibertad o semidetención es una medida judicial de prisión discontinua. En su forma más común, el sujeto a semilibertad o semidetención, puede salir de la prisión por la mañana para ir a su trabajo o para completar su formación, se reintegra a ésta al final de la jornada, y pasa en ella los días que no labora o estudia en el exterior. En algunas legislaciones se preve como una modalidad de ejecución de las penas cortas de prisión, tal es el caso de Francia desde 1952, y de Bélgica desde 1963; en otros ordenamientos se contempla como una forma de tratamiento preliberacional en el régimen progresivo técnico, de cuya modalidad ya se trató en páginas anteriores, y más modernamente ha evolucionado hasta colocarse como sustitutivo de la prisión en el momento mismo de la sentencia; en esta última forma, el sistema de la ley Huber ("Huber Law"), aplicado por primera vez en Wisconsin en 1913, parece ser su más ilustre ancestro.

Los arrestos de fin de semana surgieron como una especie de transacción entre el movimiento contra las penas cortas de prisión y los partidarios de proporcionar a los delincuentes una prueba de la prisión en su forma más pura (aislamiento individual en celda austera, nada que hacer, agua y pan racionados como alimento y una cobija para la noche). Ya estructurados como tales, se originaron como de tención juvenil en Alemania en 1940 ("jugenarrest"). Combinados con trabajo duro, fueron concebidos como una "severa advertencia", no como rehabilitación. Mediante ley, en la Alemania Oriental de 1953, la "jugenarrest" fue transformada, y quedó propiamente como arrestos de fin de semana el denominado "freizeitarrrest" (arresto de tiempo libre), que comprendía del sábado por la tarde hasta el lunes por la mañana. La versión inglesa análoga surgió en 1947 cuando fueron creados los centros de detención. La institución pasó de Alemania a Los Países Bajos y luego a otras naciones como Francia, Bélgica, Suiza, etc. (22)

La semilibertad es una de las instituciones jurídico-penales que junto con el tratamiento en libertad y el trabajo en favor de la comunidad, fueron introducidas en el CP en 1984, con el carácter de sustitutos de la prisión. Innovación adoptada previamente por el código penal del Estado de Veracruz (1930). La semilibertad rompe con el esquema tradicional de la prisión de reclusión continua

e implica alternancia de períodos de prisión y de libertad bajo tratamiento. En el CP se instituyó bajo tres modalidades: externación durante la semana de trabajo o educativa, con internación de fin de semana; externación de fin de semana, con internación durante el resto de ésta; y externación diurna con internación nocturna (Art. 27 CP). Como podrá advertirse, los arrestos de fin de semana, como pena, quedan incluidos en la primera de las modalidades de la semilibertad previstas en el CP.

6.2.2.8. Confinamiento. Arresto domiciliario

El confinamiento y el arresto domiciliario participan de naturaleza similar, en tanto que ambas son medidas restrictivas de la libertad que limitan el lugar de residencia del penado. El primero, con antecedentes en el antiguo derecho -desde Roma- consiste en la obligación de residir en determinado lugar del territorio nacional y no salir de él (México, Groenlandia). El segundo obliga al sentenciado a permanecer en su domicilio, en el de una persona de confianza o en el de una comunidad civil o religiosa (Austria, España, Etiopía), de donde sólo podrá salir con permiso de la autoridad (23).

6.2.2.9. Tratamiento en libertad

El tratamiento en libertad de imputables, al igual que la semilibertad, como se apuntó supra, es una institución jurídico-penal cuyo origen se encuentra en el derecho penitenciario, en cuanto participa de la naturaleza de la preliberación y de la libertad condicional. Por anticiparse al momento de la sentencia prescinde totalmente de la reclusión; sin embargo, permanece fiel a su ascendencia correcionalista, ya que, en tanto tratamiento, procura como fin principal la readaptación social del sentenciado. En cuanto sanción abierta, hasta podría decirse que es una especie de condena condicional al tratamiento. Su carácter flexible la hace aparecer como un amplio recipiente que puede ser llenado con diversos contenidos, dependiendo significativamente de la creatividad de la autoridad que determine y ejecute las medidas y modalidades del tratamiento.

El CP hace consistir el tratamiento en libertad en

"... la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducen - tes a la readaptación social del sentenciado..." y la preve, al igual que a la semilibertad, únicamente como pena sustitutiva de la prisión cuando ésta no exceda de tres años y bajo condiciones similares a las que rigen para la condena condicional, incluyendo que el condenado sea primo delincuente intencional, de baja peligrosidad y alta confiabilidad, y que pague o garantice el pago de la reparación del daño (Arts. 27, 70, 71, 76, y 90 del CP).

De lo anterior se desprende que el tratamiento en libertad, aunque no se limita a ello, participa en cierta forma de la naturaleza del trabajo obligatorio en libertad y del trabajo en favor de la comunidad, en cuanto pueden tener de medidas laborales, educativas y curativas idóneas a la readaptación social del sentenciado; así como de la vigilancia de la autoridad, por ser ésta indispensable para verificar que aquél cumpla los términos en que ha sido beneficiado y logre efectiva readaptación social.

6.2.2.10. Trabajo en favor de la comunidad

El trabajo de utilidad común consiste en que el penado es obligado a prestar un servicio en instituciones públicas educativas o de asistencia social, o en instituciones privadas asistenciales, sin remuneración alguna, de acuerdo con sus aptitudes laborales y sin que le resulte de grado o humillante.

Esta medida, además de ser punitiva, se espera que devenga educativa tanto para el condenado como para la comunidad que se ve servida por los delincuentes. La utilizan los países escandinavos, Alemania, Inglaterra y Los Estados Unidos, entre otros. En casos como pena, otras veces como modalidad de ejecución de una pena pecuniaria no paga da o como requisito de la condena de ejecución condicional.

El CP faculta al juzgador para sustituir la prisión, cuando no exceda de un año, por multa o trabajo en favor de la comunidad, y se aplican al caso de la sustitución las condiciones apuntadas supra a propósito del tratamiento en libertad, en orden al sujeto, al delito y a la reparación del daño. Igual facultad se concede a la autoridad judicial cuando se acredite que el sentenciado no puede pasar

la multa, en cuyo caso podrá autorizar la sustitución total o parcial (Arts. 27, 29, 70, y ss. CP).

6.2.2.11. Vigilancia de la autoridad

La sumisión a la vigilancia de la autoridad, al decir de Cuello Calón, se empleó en Austria a fines del siglo XVIII (Código Josefino de 1787), luego pasó a otros ordenamientos germánicos y al código francés de 1810, de donde transitó a otros códigos latinos (24). Es una medida restrictiva de libertad que puede tener el carácter de pena principal o de accesoria, de medida de seguridad o de simple medida de policía.

El CP la hace consistir en la observación y orientación, realizada por personal especializado, sobre la conducta del sentenciado, y la ordena cuando la sentencia determine restricción de libertad o de derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia. La prevé también como pena sustitutiva de la multa, como medida accesoria en los casos de lesiones y homicidios y para los mendigos de quienes se presume "peligrosidad antedelictual". Ahora, como antes, se enfatiza el hecho de que solamente la vigilancia ejercida por personal especializado, no policial, podrá rendir frutos favorables a la readaptación social del reo y a la protección de la comunidad.

6.3. Conclusión

6.3.1. Aunque es evidente que cada una de las medidas invocadas en reemplazo de la prisión tienen un campo de aplicación propio y limitativo, ya por la naturaleza y gravedad de la infracción penal, ya por la personalidad o antecedentes del autor de ésta; e igualmente puede decirse de ellas que su aplicación reporta riesgos; también parece claro que debidamente administradas representan un desplazamiento importante hacia un sistema penal más humano, más racional y más justo. Así, por ejemplo, la transacción y la abstención o suspensión condicional de la acción penal, además de facilitar la pronta reparación del interés afectado por el delito, constituirían factores importantes de economía procesal; las libertades previa y provisional bajo caución o bajo protesta y el arraigo, pondrían a salvo los fines de la prisión preventiva y el interés de la so-

ciudad de que se presume inocentes a los individuos mientras no se les pruebe lo contrario y por lo tanto no se les castigue anticipadamente; la reparación simbólica, el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad, la condena condicional, etc., aparecen como medidas más constructivas que la prisión, etc.

6.3.2. En tanto que el factor económico se conserva como relevante en la procedencia de muchas de las medidas en caminadas al abatimiento de la reclusión, y que la mayoría de la población aprisionada es poco solvente en materia económica, resulta imperiosa la necesidad de reformar el régimen de libertades provisionales y al sistema de garantías económicas, a efecto de que no sea el dinero lo que en última instancia permita a unos disfrutar de la libertad y a otros, por carecer de él, los condene a permanecer privados de ella. Desde luego que, en todo caso, deberá conciliarse el interés de las víctimas y el de la defensa social.

NOTAS Y REFERENCIAS
AL CAPITULO VI

1. La lista podría ser ampliada por lo menos con las siguientes instituciones jurídico-penales, la mayoría previstas en nuestro derecho positivo: suspensión o privación de derechos, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él, caución de no ofender, decomiso, cierre de establecimiento, amonestación, apercibimiento, inhabilitación, perdón judicial, promesa de buena conducta, destitución o suspensión de funciones o empleos, suspensión o privación de derechos, tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, así como con la sustitución y conmutación, el indulto, la amnistía y la eximición de pena. Algunos casos de eximición de pena fueron introducidos en el CP (D.O. 13-I-84). Al respecto el Artículo 55, reformado, reza: "Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella".

El Artículo 399 bis, in fine, faculta al juez para prescindir de la pena cuando el agente repare los daños y perjuicios y no exista oposición de los ofendidos, en los casos de fraude cuyo monto no exceda del equivalente a 500 veces el salario mínimo y fueren varios los ofendidos. Además, el Artículo 375 fue reformado previamente para aumentar la cuantía del robo, cuando se exime de la pena por el arrepentimiento espontáneo del agente.

Algunos otros ordenamientos, como el código penal de Michoacán, eximen de pena en los casos de homicidio y lesiones culposas, cometidos con motivo del tránsito de vehículos en agravio de un descendiente, ascendiente, conyugue, concubino o hermano, si no se cometieron en estado de inconsciencia provocado por el au -

tor (Art. 59); procedè también la eximición de pena en ciertos casos de injurias (Art. 249), y de robo con arrepentimiento espontáneo del agente, en este mismo ordenamiento (Art. 307).

2. Según la refiere Carlos García Basalo en "¿A dónde va la prisión?", Revista Mexicana de Ciencias Penales, México, año III, no. 3, jul. 1979-jul. 1980, pp. 139 - 71.
3. Para los objetivos de la prisión preventiva, véase su - pra, aparte 5.3. "Valoración del aprisionamiento pre - ventivo".
4. Cf. Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, t.1. 9a. ed., México, Editora Nacional, 1975, pp. 721-22; José M. Rico, Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea, 2a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1982, pp. 113-14; Margo Andriessen, "A foreigner view of american diversion", Crime and Delinquency, USA., enero 1980, pp. 70-82; J.K. Canagarayar, "Diversion: A new perspective in criminal justice", Canadian Journal of Criminology, vol. 22 , no. 2, Abril 1980, pp. 168-75.
5. Gary T. Reker, "Juvenile diversion: Conceptual issues and program effectiveness", Canadian Journal of Crimi - nology, vol. 22, no. 1, enero 1980, pp. 36-50.
6. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal , Acuerdos y circulares del procurador general de jus - ticia del Distrito Federal, México, D.F., s/f, pp. 114-20.
7. Elías Carranza et al, El preso sin condena en América Latina y el Caribe, San José, Costa Rica, IIANUD, 1983, passim.
8. Cf., inter alia, Walter H. Busher, Ordering time to serve prisoners, USA., Department of Justice, LEAA , 1973; William D. Leeke y Hubert M. Clements, "Correc - tional systems and programs- an overview", en John G. Cull and Richard E. Hardy, Fundamentals of criminal behavior and correctional systems, USA., Charles C. Thomas Publisher, 1973, pp. 32-118; John P. Conrad ,

"There has to be a better way", Crime and Delinquency, USA., jan. 1980, pp. 83-90.

9. Sergio García Ramírez, Justicia penal, México, Porrúa S.A., 1982, pp. 17-18; 175-77.
10. Cf. Nicolette Parisi, "Combining incarceration and probation", Federal Probation, vol. XLIV no. 2, jun. 1980, pp. 3-12.

La institución anglosajona "on parole" tiene al menos dos formas de uso: uno se identifica con nuestra libertad preparatoria, esta es su forma primordial -la otorga la autoridad administrativa y opera como correctivo de la prisión. En su modalidad emergente se parece más a nuestra condena condicional ya que es una forma de sentenciar o de resentenciar, en el sistema norteamericano es conocida como "bench parole" o "judicial parole".

11. Citado por Michel Foucault, Vigilar y castigar, 6a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, pp. 250.
12. *Ibid.* pp. 247-48.
13. Sergio García Ramírez, Manual de prisiones, México, Edic. Botas, 1970, pp. 97 y ss; 255-58.
14. César Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, tr. pról. y epíl. Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, México, Edit. J.M. Cajica, 1957, pp. 182-86.

Beccaria consideró al indulto -por ser una gracia del ejecutivo nugatoria de la infalibilidad de las penas- como un incentivo a la impunidad. Para él "... las leyes deben ser inexorables e inexorables los ejecutores de las mismas".

15. Cf. Torsten Eriksson, The Reformers: An historical survey of pioneer experiments in the treatment of criminals, New York, ELSEVIER, Scientific Publishing, Inc. 1976; René David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, trad. 2a. ed. francesa por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1969.

Torsten Eriksson informa de los antecedentes estadounidenses e ingleses de la probación. Entre 1823 y 1843, Peter Oxembridge Thacher, un juez de distrito en Boston, Mass., introdujo el método de liberación bajo obligación o palabra de comportarse bien, que implicaba la suspensión del pronunciamiento de sentencia (on recognizance), en 1835 este método fue sancionado por ley. John Augustus (1784-1859), un próspero fabricante de calzado en Boston, es considerado el primer oficial de probación: tras dieciocho años de ejercer de manera honorífica, iniciados en 1841, a su muerte había afianzado y vigilado a 1152 hombres y 794 mujeres sujetos a probación. En 1873 E. H. Savage fue seleccionado y empleado como el primer oficial de probación de tiempo completo, en Boston.

En Inglaterra existieron varias formas de evadir la sentencia, a saber: el beneficio de clerecía, la suspensión temporal del castigo ("judicial reprieve") por algunas razones, como debilidad de la acusación; liberaciones bajo condición o palabra de observar buena conducta o caución de buena conducta ("on recognizance" y "binding over"); todas estas podían ir acompañadas de garantía económica pagada por el acusado o por su fiador; archivo ("filing") consistente en la decisión de la corte de archivar el caso, mismo que podía ser reactivado en cualquier momento. En 1841, Matthew Davenport Hill, en Birmingham, ejerció supervisión policial sobre liberados juveniles; Edward William Cox, en Portsmouth, también usó sentencias condicionales con primodelincentes y jóvenes, supervisándolos a través de una tercera persona. Los jueces de Londres empezaron a liberar delincentes sin sentencia formal, sobre la condición de que una tercera persona se hiciera responsable ("recognizance"), pero hasta 1879 se aprobó la primera ley reguladora de la sentencia condicional (Summary Jurisdiction Act).

Los anteriores hechos revelan que los precedentes que condujeron a la probación antecedieron a las disposiciones legales sobre la materia, esto es, la ley sólo vino a reconocer formalmente las prácticas que ya estaban en uso en el medio judicial, tanto de Inglaterra como de Los Estados Unidos, característica

muy propia del sistema jurídico anglosajón.

16. E.H. Sutherland y D. R. Cressey, Principles of Crimi - nology, Philadelphia, USA., J.B. Lippincott Co., 1966, pp. 478-79.
17. Nicolette Parisini, op. cit., pp. 3-4.
18. Cf. Eugenio Cuello Galón, op. cit., pp. 731-735; José M. Rico, op. cit., pp 105-08.
19. Cf. Exodo 21 y 22 (leyes sobre actos de violencia, le- yes sobre responsabilidades de amos y dueños, leyes humanitarias y leyes sobre la restitución); Federico Lara Peinado, Código de Hammurabi, Madrid, España. Editora Nacional, 1982. pp. 114 y ss.
20. César Beccaria, op. cit., pp. 181, 182 y 192.
21. José M. Rico, op. cit., p. 119.
22. Torsten Eriksson, op. cit.
23. José M. Rico, op. cit., p. 113.
24. Eugenio Cuello Galón, op. cit., p. 736.

CAPITULO VII

CONCLUSION GENERAL

La privación de la libertad se generalizó al impulso de las divisas revolucionarias del clasicismo penal, que a la postre la invocó como medida humanitaria y generó su substitutiva de las penas atroces, la deportación y la muerte, movimiento en el que no estuvo ausente el matiz correccionalista de la pena; y se persistió en su uso -de hecho se la elevó al pináculo de las penas- gracias al empuje del correccionalismo, cuyo orto fue alcanzado con el "ideal rehabilitatorio", que apoyado en un científicismo a ultranza y en una piedad mal entendida, supuso indispensable a la reclusión por lo menos en las primeras etapas del tratamiento. Sin embargo, los resultados no correspondieron a las expectativas creadas y las crisis de la institución se han sucedido una tras otra.

Hoy día, aunque generalmente se reconoce que la sociedad aún no tiene a su alcance los medios aceptables que le permitan prescindir totalmente de la privación de libertad, parece que sí existe unanimidad sobre el descrédito de esta medida. Las impugnaciones que se le han hecho, así en el orden conceptual como fáctico, lo evidencian. Frente a esta realidad, los esfuerzos por disminuir el uso de la prisión en sus diferentes formas, así como por lograr el alejamiento de su práctica tradicional como internamiento continuo y frecuentemente prolongado, aparecen plenamente justificados.

Después de todo, parece lógico esperar que tras varios siglos de experiencia de la humanidad con la privación de libertad, aquélla aprenda que ésta no es recomendable sino como último recurso, sea cautelara o penal, y por lo tanto oriente sus esfuerzos y medios no tanto a hacerla mejor, sino primordialmente a reemplazarla. Sin embargo, y a pesar de que, como se muestra en las páginas precedentes, los medios para abatir el uso de la reclusión existen (sin que se descarte la posibilidad de encontrar otros mejores), la realidad es que la prisión conserva su lugar

de privilegio en la gran mayoría de los sistemas penales. En consecuencia, podría pensarse que en la supuesta lucha para abatir el uso del aprisionamiento la falla está en la raíz, en el fondo; y si así fuera, es claro que ésta no se puede extirpar sin que todo el sistema penal sufra una profunda reforma; lo cual, sobra decirlo, sólo será posible mediante la decisión política inquebrantable de las instancias gubernamentales competentes y la implantación de una estrategia adecuada. Tal reorientación del sistema penal debería atender, inter alia, a las siguientes directrices:

- a. Inscribirse en el ámbito de un sistema de política criminal que favorezca el imperio de la libertad y la justicia en la vida de relación, de manera que, identificando previamente los factores del crimen, busque a través de programas específicos eliminar o neutralizar la presencia de éstos en la vida social, para disminuir la necesidad de la acción represiva, y que en su afán por preservar los derechos humanos coloque en primer término a las víctimas reales y potenciales del delito, y enseguida a los delincuentes. Debe, sin embargo, edificarse a partir de dos principios fundamentales: (a) que la obtención de una sociedad justa mediante la legislación represiva, los programas sociales y a veces la coerción, es una empresa inalcanzable, y (b) que el plan racional y natural de mejoramiento debe enfocarse principalmente en la educación de la unidad social, del ciudadano mismo, y en esta tarea hay otras instituciones y programas más eficaces que las penales y los gubernamentales. Sólo a partir de entonces, el sistema penal se mantendrá dentro de su modesta dimensión, dentro de sus verdaderos alcances, y no se arrogará fines o creará expectativas para las que no sirve de por sí: la reforma individual.
- b. Diseñarse e instrumentarse acorde con la premisa de que la pena, y por lo tanto la privación de libertad, es un castigo; que su función no es la "preparación de hombres libres". Sin embargo, debe perseverar en el trato humanitario a los infractores de la ley penal y en la confianza y esperanza de rehabilitación de los penados; y cuidar que en la determinación y ejecución de la pena se respete puntualmente la dignidad de la persona y en consecuencia los derechos humanos: en el entendido de que la salvaguarda de

estos corresponderá al sistema penal, en su ámbito natural, pero la rehabilitación dependerá fundamentalmente del delincuente, quien deberá ser sujeto en ese proceso y nunca objeto de él.

- c. Como corolario de que el responsable de la rehabilitación es el individuo, no el sistema; independientemente de la pena aplicada, a aquél corresponde decidir libremente si quiere rehabilitarse y si necesita y acepta ayuda para hacerlo; el sistema le orientará y proveerá los servicios sociales en la misma medida que se encuentren disponibles estos para la demás población que los requiera. Esta es una obligación que el Estado tiene con el cuerpo social en virtud de su responsabilidad de prevenir la delincuencia, pero no es una obligación con el delincuente por el hecho de castigarlo, pues en tal caso se aceptaría el absurdo de que delinquiendo se adquieren derechos. La rehabilitación, nunca se insistirá demasiado en ello, es un asunto personal: se inicia con la convicción de culpabilidad, se sigue con la actitud de responsabilidad, y nunca será completa sin el ingrediente de cambio, de transformación del infractor en agente obediente a la ley.
- ch. Seguir un enfoque de sistema, con las implicaciones y orientaciones señaladas en las postrimerías del aparte 5.1., que lo haga viable y congruente con el medio y la realidad social, política y económica en que se actualizará; procurando en todo caso su autosuficiencia.
- d. Incluir las providencias necesarias, de modo que el estatuto jurídico del personal del sistema garantice la seguridad en el empleo y se prevean y actualicen verdaderos esquemas de selección y capacitación, vinculados a políticas salariales realistas; así como programas de incentivación que impulsen hacia la excelencia a los servicios policiales, ministeriales, de ejecución de sentencias, y desde luego al personal propiamente judicial.
- e. Proveer lo necesario para asegurar la independencia y competencia de la magistratura, de modo que ésta permanezca al margen y por encima de los intereses políticos de partido; y que sólo accedan a ella indi

viduos irreprensibles, que cuenten ante todo con una autoridad moral sin tacha, con una vocación probada y con una formación criminológica sólida, además de ser profesionales del derecho.

- f. Instituir más medidas cautelares y penales sustitutivas de la reclusión, más alternativas de sentencia, que incluyan sentencias mixtas, y mayor control judicial sobre las mismas. Y, en cada caso, asegurar la infraestructura necesaria para que funcionen las innovaciones previstas por la norma jurídica.
- g. Modificar sustancialmente el régimen de libertades provisionales, ampliando su cobertura, y el sistema de garantías económicas; para evitar que en muchos casos la libertad o la permanencia en prisión se reduzca a una cuestión de pesos y centavos, con la evidente desventaja para la gran mayoría de la población criminalizada. Para tal objeto deberán considerarse alternativas como programas comunitarios y programas públicos.
- h. Demandar y fomentar mayor participación de la comunidad, tanto en la tolerancia para los delinuentes -no para las conductas antisociales- como para ampliar la variedad y eficacia de las medidas atinentes a la prevención y control de la delincuencia, entre las que deberían descollar las orientadas al abastecimiento de la prisión. Sólo así se dará la otra cara de la rehabilitación, el ingrediente social, cuando la comunidad asuma también la responsabilidad de aceptar al exconvicto, ya como persona obediente a la ley. Esta es la verdadera reinserción de la persona en su medio natural: la sociedad libre.

Con la autotransformación del infractor en agente obediente a la ley, y la aceptación del exconvicto en el seno de la sociedad, cobra su verdadero sentido la declaración de Ray F. Smith, capellán de La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, para la penitenciaría del Estado de Utah, Estados Unidos: "Creo que cuando un criminal entra a la prisión y las puertas se cierran tras él, deben permanecer cerradas para siempre, sí, nunca más deben abrirse. El criminal debe morir allí porque no hay lugar para él fuera de la prisión".

BIBLIOGRAFIA

- Abdel Wahhad El-Aschmaoui. "The activity of the League of Arab States in the field of social defence". International Review of Criminal Policy, no. 34, New York, 1978.
- Adato de Ibarra, Victoria. La cárcel preventiva de la Ciudad de México. México, Ediciones Botas, 1972.
- Aguirre Costilla, Héctor. "Gasta el D.F. 1500 millones de pesos en la manutención de reos". Entrevista por Gilbert Estrabau, Excelsior, México, agosto 11, 1983.
- Allen, Francis A. "Central problems of american criminal justice", en Harry W. Jones, ed. Legal institutions today: english and american approaches compared. USA., American Bar Association, 1976.
- American Correctional Association. Correctional classification and treatment. USA., 1975.
- Andenaes, Johannes. Punishment and deterrence. Ann Arbor, USA., The University of Michigan Press, 1974.
- Andriessen, Margo. "A foreigner view of american diversion". Crime and Delinquency. USA., enero, 1980.
- Aristóteles. Ética Nicomaguea. Política. Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo. Edit. Porrúa, S.A., "Sepan cuántos..." no. 70, México, 1967.
- Banathy, Bela. Instruction systems. Palo Alto, Ca., Fearon Publishers, 1968.
- Baratta, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal. México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1986.

- Beccaria, César. Tratado de los delitos y de las penas. Tr., pról., epíl. Constancio Bernaldo de Quirós. Puebla, Ed. J.M. Cajica, 1957.
- Bernaldo de Quirós, Constancio. Lecciones de derecho penitenciario. México, Imprenta Universitaria UNAM., 1953.
- _____. Criminología. Puebla, Ediciones J.M. Cajica, Jr., 1948.
- _____. "César Beccaria y su libro" Prólogo a César Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. Puebla, Edit. J. M. Cajica, 1957.
- _____. "Si volviera Beccaria". Epílogo a César Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. Puebla, Edit. J. M. Cajica, 1957.
- Breda, Renato y Ferracuti, Franco. "Alternatives to incarceration in Italy". Crime and Delinquency. USA., enero, 1980.
- Brydesholt, H. H. "Crime policy in Denmark: How we manage to reduce the prison population". Crime and Delinquency. Enero, 1980.
- Burgoa, Ignacio. El Estado. México, Porrúa, S.A., 1970.
- Busher, Walter H. "Ordering time to serve prisoners". USA., Department of Justice, LEAA., 1973.
- Canagarayar, J. K. "Diversion: A new perspective in criminal justice". Canadian Journal of Criminology. vol. 22, no. 2, Canadá, abril, 1980.
- Carrancá y Rivas, Raúl. "La desorganización penitenciaria en México". Serie de entrevistas a: Luis Garrido, Alfonso Quiroz Cuarón, Javier Piña y Palacios, Raúl Carrancá y Trujillo, Mariano Jiménez Huerta, Luis Fernández Do- blado. Revista Michoacana de Derecho Penal. no. 6 mayo, 1967.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. 10a. ed., México, Porrúa, 1974.

- _____. La organización social de los antiguos mexicanos. México, Edit. Botas, 1966.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código penal anotado. 4a. ed., México, Porrúa, 1972.
- Carranza, Elías et al. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. San José, Costa Rica, IIANUD., 1983.
- Clifford, William. "The Committee on Crime Prevention and Control". International Review of Criminal Policy. no. 34. New York, 1978.
- Conrad, John P. "We should never have promised a hospital". Federal Probation. December, 1975.
- _____. "There has to be a better way". Crime and Delinquency. USA., jan., 1980.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.
- Costa, Fausto. El delito y la pena en la historia de la filosofía. México, UTEHA, 1953.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal. t. I. 9a. ed., México, Edit. Nacional, 1975.
- Gull, John G. y Hardy, Richard E. ed. Fundamentals of criminal behavior and correctional systems. USA., Charles C. Thomas publisher, 1973.
- De Beaumont, Gustavo Augusto y De Tocqueville, Alexis. On the penitentiary system in the United States and its applications in France. USA., Southern, Ill., University Press, 1964.
- David, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Trad. de la 2a. ed. francesa, Pedro Bravo Gala. Madrid, Aguilar, 1969.
- De la Cueva, Mario. La idea del Estado. México, UNAM., 1975.

- Distrito Federal. Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. 32a. ed. México, Edit. Porrúa, S.A. , Leyes y códigos de México, 1984.
- Doleschal, Eugene. "Crime-some popular beliefs". Crime and Delinquency. jan. 1979.
- Du Cann, Richard y Napley, David. "Central problems of criminal justice in England". Harry W. Jones ed. Legal institutions today: English and american approaches compared. USA., American Bar Association, 1976.
- Duverger, Maurice. Sociología de la política. Edit. Ariel, Demos-Biblioteca de sociología, México, 1983.
- Empey, Lamar T. "Correctional history" en Gary R. Perlstein y Thomas R. Phels. Alternatives to prison community based corrections. A reader. Pacific Palisades, Cal. USA., Goodyear Publishing Company, Inc. 1975.
- Eriksson, Torsten. The reformers: an historical survey of pioneer experiments in the treatment of criminals. Amsterdam, New York, The Netherlands, Elsevier, Scientific Publishing Company, Inc., 1976.
- Ezorsky, Gertrude. ed. Philosophical perspectives on punishment. Albany, State University of New York Press , 1972.
- Ferri, Enrico. Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal. 2a. ed., tr. Isidro Pérez Oliva. Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1987.
- Flores Magón, Ricardo. Antología. Int. y selec. de Carlos Aguirre Beltrán. México UNAM., 1970.
- Florís Margadant, S. Guillermo. Introducción a la historia universal del derecho. t. 1, Xalapa, Ver., Fac. de Derecho, Univ. Veracruzana, 1974.
- Foucault, Michel. Vigilar y castigar. 6a. ed. México, Siglo Veintiuno Editores, 1981.
- Franklin, Benjamín. Autobiografía y otros escritos. México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

Gálvez y Fuentes, Alvaro, conductor. "Encuentro sobre sistemas penitenciarios". Participantes: Antonio Berinstáin, Pierre Bouzat, Sergio García Ramírez, Roberto Pettinato, Alfonso Quiroz Cuarón, José León Sánchez. México, T.V. Canal 2, 11 y 18 enero, 1975. Versión mecanográfica en Criminalia. año XLI, nos. 7-12, México, jul-dic., 1975.

García Ramírez, Sergio. Asistencia a reos liberados. pról. Alfonso Quiroz Cuarón. México, Edic. Botas, 1966.

_____. El código tutelar para menores del Estado de Michoacán. Morelia, UMSNH., 1969.

_____. Manual de prisiones. Pról. Celestino Porte Petit. México, Edic. Botas, 1970.

_____. "La política penitenciaria del gobierno federal". Criminalia, año XXXIX, nos. 11-12, nov. dic., 1973.

_____. La prisión. Prof. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, México, UNAM. y FCE., serie G. Estudios doctrinales, 1975.

_____. Los derechos humanos y el derecho penal. Secretaría de Educación Pública, Setecientos no. 254, México, 1976.

_____. El final de Lecumberri. México. Ed. Porrúa, S.A., 1979.

_____. Justicia penal. Pról. Javier Piña y Palacios. México, Porrúa, S.A., 1982.

Garrido, Luis. Ensayos penales. México, Editorial Botas, 1952.

Gerety, Pierce, Jr. "A french program to reduce pretrial detention." Crime and Delinquency. jan., 1980.

Gibbons, Don C. Delincuentes juveniles y criminales; su tratamiento y rehabilitación. tr. Antonio Garza y Garza, México, FCE., 1965.

- Goff, Donald H. "The alliance of non-governmental organizations on crime prevention and criminal justice". International Review of Criminal Policy. no. 34, New York, 1978.
- Goldschmidt, James. Principios generales del proceso. t 2. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961.
- González Bustamante, Juan José. "Derecho penitenciario o derecho de ejecución penal". Revista Michoacana de Derecho Penal. no. 6, Morelia, mayo, 1967.
- González Ramírez, Manuel. Planes políticos y otros documentos. t. 1. México, FCE., 1954.
- _____. Manifiestos políticos (1892-1912) t. IV. México, FCE., 1957.
- González Salinas, Héctor. "Las normas mínimas para el tratamiento de los reclusos". Griminaria, año XXXIX, nos. 11-12, México, nov.-dic., 1973.
- Grunhut, Max. Penal reform. Oxford, England, The Clarendon Press, 1948.
- Harremoss, Erik. "The Council of Europe: activities in the field of crime problems". International Review of Criminal Policy. no. 34. New York, 1978.
- Hegel, Jorge G. P. Filosofía del derecho. Pról. y nota bio gráfica de Juan Garzón Bates. México, UNAM., no. 51 colección nuestros clásicos, 1975.
- Heijder, Alfred. "Can we cope with alternatives?". Crime and Delinquency. USA., vol 26, no. 1, jan., 1980.
- Howard, John. The state of the prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some foreign prisons and hospitals. 4th. ed. London, J. Johnson, C. Dilly and T. Cadell, 1972.
- Hudson, Joe et al. "Diversion programming in criminal justice. The case of Minnesota". en George G. Killinger and Paul F. Cromwell, Jr. Introduction to corrections : selected readings. USA., West Publishing Company, criminal justice series, 1978.

Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 7a. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Sudamericana, 1976.

Johnston, Norman Bruce. The human cage: a brief history of prison architecture. New York, Published for the American Foundation, Inc., Institute of Corrections, Philadelphia, Penn., by Walker and Company, 1973.

Jones, Harry W. ed. Legal institutions today: English and american approaches compared. USA., American Bar Association, 1976.

Kahler, Erich. Historia universal del hombre. 4a. ed., México, FCE., 1965.

Killinger, George G. and Crowell, Paul F., Jr. Introduction to corrections. Selected readings. USA., West Publishing Company, criminal justice series, 1978.

_____. eds. Penology: the evolution of corrections in America. St. Paul, Minn., West Publishing Company, 1973.

Klapmuts, Nora. "Diversion from the justice systems". Stephen Scofer, ed. Readings in contemporary criminology. Reston, Virginia, Reston Publishing Company Inc. 1976.

Korn, Richard R. y Mc Corkle Lloyd W. Criminology and penology. New York, Henry Holt, 1959.

La Santa Biblia.

Lamnek, Siegfried. Teorías de la criminalidad. Tr. Irene del Carril, México, Siglo Veintiuno Editores, 1980.

Lara Peinado, Federico. tr., int. com. Código de Hammurabi. Madrid, España, Editora Nacional, 1982.

Lewis, Lewis E. Twenty thousand years in Sing-Sing. New York, Long and Smith, 1932.

Leeke, William D. y Clements Hubert M. "Correctional systems and programs—an overview". John G. Cull y Richard E. Hardy. Fundamentals of criminal behavior and correctional systems. USA., Charles C. Thomas Publisher, 1973.

- Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle. Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad. Tr. y pról. Daniel Kuri Breña, 4a. ed., México, UNAM., manuales universitarios, 1975.
- Lindeberg Tuh, "Se espera una serie de ejecuciones en E.U." México, Excelsior, enero 2, 1984.
- Lombroso de Ferrero, Gina. Vida de Lombroso. Tr. José Silva, México, Edic. Botas, biblioteca criminal vol. 1, 1940.
- López-Rey y Arrojo Manuel. "The quinquennial United Nations congresses on the prevention of crime and the treatment of offenders". International Review of Criminal Policy. no. 34, New York, 1978.
- Makárenko, Antón Semiónovich. Poema pedagógico. 3t., Moscú, Editorial Progreso, s/f.
- Malet, Alberto y J. Isaac. La época contemporánea. México, Edit. Nacional, 1976.
- _____ . Los tiempos modernos. México, Edit. Nacional, 1976.
- Malo Camacho, Gustavo. "El régimen progresivo técnico en el sistema penitenciario". Ponencia presentada al Cuarto Congreso Nacional Penitenciario, publicada en la Revista Michoacana de Derecho Penal. no. 15, Morelia, enero-junio, 1975.
- Marcó del Pont, Luis. Derecho penitenciario. México, Cárdenas Edit. y Dist., 1984.
- Mc Intosh, James R. Perspectives on marginality, understanding deviance. Boston, USA., Allyn and Bacon, Inc. 1974.
- Medinski, E. Antón Makárenko. Su vida y labor pedagógica. Moscú, Edit. Progreso, s/f
- Melossi, Darío y Pavarini, Massimo. Cárcel y fábrica. México, Edit. Siglo Veintiuno, 1980.
- Menninger, Karl Augustus. The crime of punishment. New York, Viking Press, 1968.

México, Estado de. "Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de México" Toluca, Méx., Gaceta del Gobierno no. 36; 4 de mayo de 1966.

_____. "Reglamento del centro penitenciario del Estado de México" Toluca, Méx., Gaceta del Gobierno no. 7; 23 de julio de 1969.

México . Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, 41a. ed. México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., Leyes y códigos de México, 1985.

_____. Código federal de procedimientos penales. 32a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., Leyes y códigos de México, 1984.

_____. "Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados" México, D.F., Diario Oficial del 19 de mayo de 1971.

_____. "Decreto de promulgación del tratado entre México y Los Estados Unidos de América sobre la ejecución de sentencias penales" México, D.F., Diario Oficial del 10 de noviembre de 1977.

_____. "Decreto de promulgación del tratado entre México y Canadá sobre la ejecución de sentencias penales" México, D.F., Diario Oficial del 26 de marzo de 1979.

Michoacán, Estado de. Código penal del Estado de Michoacán. Morelia, Mich., edición oficial del gobierno del Estado, 1987.

_____. Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de Michoacán. Morelia, Mich., edición oficial del gobierno del Estado, 1972.

Morris, Norval and Hawkins Gordon. Letter to the president on crime control. Chicago, University of Chicago Press, 1977.

Morse Earle, Alice. Curious punishments of bygone days. USA., Charles E. Tuttle, Co., 1972.

- Nagel, William G. The new red barn: a critical look at the modern american prison. New York, Walker and Company, 1973.
- National Council on Crime and Delinquency. "Prisons: the price way pay". 1977.
- Newton, Anne. "The effects of imprisonment". Criminal Justice Abstracts. USA., marzo 1980.
- Nice, Richard W. "Halfway house aftercare for the released offender". Crime and Delinquency. vol. 10, no.1, USA., jan. 1964.
- Norton, Thomas James. The Constitution of the United States, its sources and its application. USA., Committee for Constitutional Government, Inc., 1974.
- Novoa Monreal, Eduardo. El Derecho como obstáculo al cambio social. 5a. ed. México, Siglo Veintiuno Editores, 1981.
- Packer, Herbert L. "Justification for criminal punishment" George G. Killinger y Paul F. Cromwell, Jr. ed. Introduction to corrections: selected readings. USA., West Publishing Company, 1978.
- Parisi, Nicolette. "Combining incarceration and probation" Federal Probation. Vol XLIV no. 2. USA., jun. 1980.
- Pavarini, Massimo. Control y dominación. Epil. Roberto Bergalli. México, Siglo Veintiuno Editores, serie nueva criminología, 1983.
- Peterson, Richard W. "Assignment in Mexico: the experience of United States magistrates in the mexican prisoner transfer program". Federal Probation. USA., 1979, 4.
- Pincoffs, Edmund L. The rationale of legal punishment. New York, Humanities Press, 1966.
- Piña y Palacios, Javier. "La Cárcel Perpetua de la Inquisición y la Real Cárcel de Corte de la Nueva España". Criminalia. nos. 11-12, México, 1973.

- Procuraduría general de justicia del Distrito Federal. Acuerdos y circulares del procurador general de justicia de Distrito Federal. s/f
- Procuraduría general de la República. "Anteproyecto de código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal". 10 de agosto de 1983.
- Quinney, Richard. Clases, Estado y delincuencia. Tr. Mercedes Pizarro. México, Fondo de Cultura Económica, breviaros, 1985.
- Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina forense. México, Edit. Porrúa, S.A., 1977.
- Recaséns Siches, Luis. Introducción al estudio del Derecho. 4a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1977.
- Reker, Gary T., Cote, James E. y Peacock Edward J. "Juvenile diversion: conceptual issues and program effectiveness". Canadian Journal of Criminology. vol. 22, no. 1, enero 1980.
- Rico, José M. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea. 2a. ed. México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1982.
- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. México, Porrúa, S.A., 1979.
- Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social. prol. Daniel Moreno. México, Edit. Porrúa, S.A., 1969.
- Rubin, Sol. The law of criminal correction. St. Paul, Minn., USA., West Publishing Company, 1973.
- Sánchez Galindo, Antonio. "Aspectos prácticos del penitenciarismo moderno". Secretaría de Gobernación. Manual de introducción a las ciencias penales. 2a. ed. México, 1976.
- Schichor, David. "The new criminology: some critical issues". The British Journal of Criminology. vol. 20, no. 1. jan. 1980

Secco Elleuri, Oscar y Esridón, Pedro Daniel. Historia universal, época contemporánea. 12a. ed. Buenos Aires, Argentina, Editorial Kapelusz, S.A., 1972.

Secretaría de Gobernación. Manual de introducción a las ciencias penales. 2a. ed., México, 1976.

Sellin, Thorsten. "The origen of the Pennsylvania system of prison discipline". In George G. Killinger and Paul F. Cromwell, Jr. ed. Penology: the evolution of corrections in America. St. Paul, Minn. West Publishing Company, 1973.

Smith, J. M. P. The origen and history of hebreaw law. USA., University of Chicago Press, 1931.

Solis Quiroga, Héctor. Sociología Criminal. 2a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1977.

_____. "Delincuentes en libertad". El Nacional. México, 3 de julio de 1978.

Sperry, Sidney B. The spirit of the Old Testament. 2nd. ed. Salt Lake City, Utah, USA., Deseret Book Company, 1980.

Stammler, Rudolf. El juez. Tr. y pról. Emilio P. Camus. México, Edit. Nacional, 1974.

Sutherland, E. H. and Cressey D. R. Principles of criminology. Philadelphia, USA., J.B. Lippincott Co, 1966.

Suzuki, Yoshio. "The United Nations-affiliated Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders". International Review of Criminal Policy. no. 34, New York, 1978.

_____. "United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders". International Review of Criminal Policy. no. 32. New York, 1976.

Szabó, Dennis. Criminología y política en materia criminal. Pról. Sergio García Ramírez. México, Siglo Veintiuno Editores, serie nueva criminología, 1980.

- Tannenbaum, Frank. Wall shadows a study in american prisons. New York, Putnam's, 1922.
- Taylor, Ian, Walton, Paul y Young, Jock. Criminología crí-tica. 2a. ed. México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., serie nueva criminología, 1981.
- Teeters, Negley K. The cradle of the penitentiary. Philadel-phia, Temple University, 1955.
- Umbreit, Mark. "Danish use of prisons and community alter-natives". Federal Probation. vol. XLIV no. 2, jun. 1980.
- United Nations. First United Nations Congress on the Pre-vention of Crime and the Treatment of Offenders. Inform of the Secretariat. New York, 1956.
- Virgil, William L. Dictionary of american penology. USA., Greenwood Press, Inc. 1979.
- Wilson, James Q. Thinking about crime. New York, Basic Books, 1975.
- Wright, Kevin N. "A re-examination of correctional alterna-tives". International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. vol. 24 no. 2, 1980.
- Wright, Martin. "Cutting prison overcrowding in Great Bri-tain". Crime and Delinquency. jan. 1980.