



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

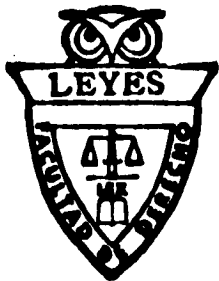
FACULTAD DE DERECHO

690
2ej.

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A ;
YESSENIA MERCEDES PELAEZ FERRUSCA



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.

JUNIO 1995

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi querido padre, primer maestro.

INDICE

Nota Preliminar.....	11
1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	
1.1. DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	19
1.2. MÉTODO.....	33
1.3. FUENTES.....	34
2. FILOSOFÍA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.....	39
2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL.....	44
2.1.1. Principios de Derecho penal sustantivo.....	45
2.1.1.1. Irretroactividad de la ley penal.....	47
2.1.1.2. Principio de legalidad en materia penal.....	49
2.1.1.3. Principio de reserva de ley.....	54
2.1.1.4. Igualdad ante la ley penal.....	54
2.1.1.5. Legítima defensa.....	57
2.1.1.6. Otras disposiciones de carácter penal sustantivo.....	58
2.1.1.6.1. <i>Trabajo lícito y trabajos forzados.</i>	59
2.1.1.6.2. <i>Protecciones en materia penal a la libertad de expresión.</i>	61
2.1.1.6.3. <i>Restricción a la libertad de movimiento.</i>	63
2.1.2. Principios de Derecho procesal penal.....	64
2.1.2.1. Garantía de audiencia.....	64
2.1.2.2. Derecho de acceso a la justicia.....	65
2.1.2.3. Garantías de seguridad jurídica y de protección a la integridad física.....	67
2.1.2.4. Garantías del Procesado.....	69
2.1.2.5. Principios sobre plazos en el proceso penal.....	72
2.1.2.6. Persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal.....	74
2.1.2.7. Principio de legalidad en materia de faltas administrativas.....	76
2.1.2.8. Reserva de jurisdicción.....	77
2.1.2.9. Extradición.....	78
2.1.2.10. Otras disposiciones de Derecho procesal penal.....	80

2.1.2.10.1. Régimen especial de responsabilidad penal de los funcionarios públicos.....	80
2.1.2.10.2. Suspensión de derechos o prerrogativas de los ciudadanos.....	81
2.1.2.10.3. Organismos protectores de los derechos humanos.....	82
2.1.3. Principios de Derecho ejecutivo penal.....	83
2.1.3.1. Características de las penas.....	83
2.1.3.2. Indulto.....	86
2.2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENITENCIARIO. EL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL.....	87
2.2.1. Prisión.....	88
2.2.2. Sistema penitenciario.....	88
2.2.3. Readaptación social.....	88
2.2.4. Clasificación penitenciaria.....	89
2.2.5. Menores infractores.....	89
2.2.6. Ejecución extraterritorial de la sentencia.....	90
2.3. FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO.....	92
2.3.1. Leyes, reglamentos, acuerdos y decretos.....	95
2.3.2. Normas y disposiciones internacionales.....	96

3. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

3.1. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD Y LAS CIENCIAS PENALES.....	107
3.1.1. Ciencias penales.....	108
3.1.2. Derecho ejecutivo penal.....	112
3.1.3. Derecho penitenciario.....	115
3.1.4. Síntesis penitenciaria.....	119
3.1.5. Relaciones con otras disciplinas.....	123
3.1.5.1. Con el Derecho penal sustantivo.....	125
3.1.5.2. Con el Derecho procesal penal.....	126
3.1.5.3. Con la penología.....	127
3.1.5.4. Con la criminología.....	127
3.1.6. Fines de la privación de la libertad y política criminal.....	129
3.2. DIVERSAS FORMAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.....	134
3.2.1. Privación de la libertad como medida cautelar.....	135
3.2.1.1. Aprehensión.....	135
3.2.2.2. Detención.....	141

3.2.2.3. Prisión preventiva.....	145
3.2.2. Privación de la libertad como pena.....	147
3.2.3. Otras restricciones a la libertad.....	150
3.2.3.1. Aseguramiento de personas.....	151
3.2.3.1.1. <i>Arraigo</i>	152
3.2.3.1.2. <i>Confinamiento</i>	154
3.2.3.1.3. <i>Prohibición de ir a lugar determinado</i>	156
3.2.3.2. Arresto administrativo.....	156
3.2.3.3. Medidas de seguridad.....	158
4. PROTECCION A LA LIBERTAD INDIVIDUAL.....	167
4.1. DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	168
4.1.1. Libertad previa.....	168
4.2. DURANTE EL PROCESO.....	172
4.2.1. Libertad por falta de elementos para procesar.....	173
4.2.2. Libertad absoluta.....	174
4.2.3. Libertad provisional.....	175
4.2.3.1. Bajo caución.....	178
4.2.3.2. Bajo protesta.....	181
4.2.3.3. Sin garantía.....	183
4.2.4. Libertad por desvanecimiento de datos.....	185
4.3. JUICIO DE AMPARO.....	186
4.3.1. Amparo indirecto en materia penal.....	189
4.3.2. Amparo directo en materia penal.....	194
4.4. DURANTE LA EJECUCIÓN.....	197
4.4.1. Condena condicional.....	198
4.4.2. Sustitución, conmutación y reducción de sanciones.....	200
4.4.3. Remisión parcial de la pena.....	202
4.4.4. Tratamiento preliberacional.....	204
4.4.5. Libertad preparatoria.....	204
5. PRISIÓN PREVENTIVA	
5.1. CONCEPTO.....	211
5.2. BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	227
5.3. NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	234

5.4. SITUACIÓN ACTUAL.....	241
6. PRISIÓN PUNITIVA	
6.1. CONCEPTO.....	255
6.2. BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISION PUNITIVA.....	269
6.3. INSTITUCIÓN PENITENCIARIA.....	278
6.3.1. Sistemas penitenciarios	278
6.3.1.1. Sistema Celular o filadélfico.....	279
6.3.1.2. Sistema Auburbiano.....	281
6.3.1.3. Sistemas Progresivos	282
6.3.1.3.1. Montesinos.....	283
6.3.1.3.2. Maconochie.....	283
6.3.1.3.3. Crofton.....	284
6.3.1.4. Sistema Progresivo Técnico.....	285
6.3.1.5. Otros sistemas	299
6.3.1.5.1. Reformatorio.....	299
6.3.1.5.2. Clasificación.....	300
6.3.1.5.3. Instituciones abiertas.....	300
6.3.2. Institución y régimen penitenciario mexicano.....	301
6.3.3. Corrientes substitucionista y abolicionista. El futuro de la prisión.....	315
 CONCLUSIONES	 331
 BIBLIOGRAFIA	 349

NOTA PRELIMINAR

Con este trabajo cumplo con el compromiso que adquirí con nuestra Universidad, al haberme acogido como a uno de sus miembros, hoy mi deuda ha crecido, espero cumplir como ella se merece.

El tema que he tratado ha puesto a prueba mis convicciones, mis prejuicios, mi realidad. Son estas las últimas líneas que escribo, está formalmente terminado, y aún así, siento la terrible sensación de vacío que produce la conciencia del trabajo no acabado, falta mucho por hacer, por decir.

Debo agradecer a quienes han compartido conmigo este impaz intelectual, este tiempo terrible de ausencia física y mental, pero de proximidad afectiva. Agradezco a aquellos que tomaron partido en esta tarea, con su consejo oportuno, su crítica, pero sobretodo con su cariño, confianza, apoyo, paciencia y comprensión.

Recuerdo ahora muchos momentos de mis días en la Facultad, como estudiante, voces que me hicieron descubrir un horizonte nuevo,

que sembraron dudas. Con especial afecto a los maestros Francisco Salgado Rico, Antonio de Ibarrola, Genaro Góngora Pimentel y Luis Rodríguez Manzanera. Con cariño y agradecimiento también a mis compañeros de clase, algunos de ellos me han brindado su amistad y confío en que seguiremos compartiendo inquietudes y proyectos.

Fue uno de mis maestros quien con su cátedra, obra y posteriormente con su paciente dedicación, hizo de mi curiosidad e interés por esta rama del Derecho, firme convicción de vocación. A él debo además de este modesto trabajo, otros y muchas gratas experiencias. En el doctor Sergio García Ramírez encontré la guía intelectual que todo estudiante busca en un maestro, ha compartido generosamente no sólo su cátedra y sus conocimientos, sino su confianza, experiencia, proyectos académicos, sus inquietudes, también sus convicciones y sobretodo su amistad y su valioso tiempo.

Mis padres y hermano han hecho posible la materialización de infinidad de mis anhelos. Respetuosos que no complacientes, de mis decisiones y tiempo, me han brindado su apoyo y confianza. Están conmigo en cada logro y siempre he encontrado en ellos el dulce cobijo en las decepciones y el fracaso. No ha habido aliento más persistente que el suyo. Ellos han sido el amoroso ejemplo de la verdad, la solidaridad, la responsabilidad y el cumplimiento del deber. A ellos debo también este modesto trabajo.

Estos días en la Universidad han sido especialmente felices y provechosos. Debo ambas cosas a la fortuna de haberlos compartido con un hombre excepcional, lo vi una tarde y una mañana y un mediodía y

otra tarde y otra... Miguel, compañero de mil batallas, cómplice también ahora, de un proyecto de vida compartido. A él, todo mi amor y agradecimiento por estar aquí, conmigo. No hay distancias ni tiempo que valgan cuando existe la seguridad de saberse más allá de las fronteras del ser y el estar, cuando sabemos y sentimos que toda una vida nos reclama.

Ciudad Universitaria, mayo 19 de 1995.

Sólo la conciliación salvará al mundo,
y no la justicia que suele ser una
forma de venganza.

“...Intenté salir a la noche
y al alba comulgar con los que sufre,
más como al rayo al caminante
solitario
sobrecogió a mi espíritu una livida
certidumbre:
había muerto el sol y una eterna
noche amanecía,
más negra y más oscura que la otra,
y el mundo, los árboles, los hombres,
todo, yo mismo,
sólo éramos los fantasmas de mi
sueño,
un sueño eterno, ya sin día ni
despertar posible,
un sueño al que ya no mojaría la
callada espuma del alba,
un sueño para el que nunca sonarían
las trompetas del Juicio Final.
Porque nada, ni siquiera la muerte,
acabará con este sueño.”

Octavio Paz.

“...Huimos a la luz que no nos miente
y en un papel cualquiera
escribimos palabras sin respuesta.
Y enrojecen a veces
las líneas azules, y nos duelen ”

Octavio Paz.

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCION Y JUSTIFICACION DEL TEMA

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCION Y JUSTIFICACION DEL TEMA

SUMARIO: 1.1. DELIMITACIÓN DEL
TEMA. 1.2. MÉTODO. 1.3. FUENTES.

1.1. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Hablar de la libertad es hablar del hombre. El ser humano es el único ser capaz de libertad. Es por ello que este valor, al igual que otros como la vida y la propiedad, es tutelado por el Derecho.

La libertad como tema filosófico¹ implica, de entrada, el problema de su definición, asunto por demás delicado y complejo sobre el que se puede apreciar, sólo en el más general de sus sentidos, la posibilidad de elección en las alternativas. Vivimos así la libertad en nuestra cotidianidad, en infinidad de circunstancias; la experimentamos en cada decisión y a todo momento; podemos elegir por las mañanas, si

¹ "En la filosofía, la libertad de la voluntad es un problema; en el derecho penal es una afirmación: un objeto de meditación teórica, filosóficamente; un dato de la vida práctica, jurídicamente.", Romero Soto, Julio, *Psicología judicial y psiquiatría forense*, 2a edición, Librería del Profesional, Colombia, 1982, pág. 152.

levantarnos o no; podemos decidir si cumplir con nuestras labores o no hacerlo, etcétera.

De este modo más o menos sencillo entendemos a la libertad; sin embargo, la libertad es mucho más compleja que esto. La libertad implica voluntad y responsabilidad. Es fácil confundir a la libertad con el libre albedrío, si pensamos que para poder elegir, necesitamos que nuestra voluntad sea libre, y para que ésta sea libre se necesita poder elegir. Sin embargo, éstos son diferentes, pues, el libre albedrío designa la posibilidad de elegir entre el bien y el mal², y la libertad es el buen uso del libre albedrío.

La libertad no es algo etéreo, se manifiesta exteriormente cuando nuestra voluntad de elección trasciende del interior, para convertirse en una acción premeditada. Si la acción que ejecutamos o dejamos de ejecutar es llevada a cabo en un plano real, ha trascendido nuestro fuero interno, entonces decimos que hacemos o dejamos de hacer aquello que libremente hemos decidido. Si pensamos en las alternativas y finalmente, nos hemos decidido por una, quiere decir que podemos y debemos explicar el motivo de nuestra elección, esto es responder del uso libre de nuestra voluntad, o llamada de otra forma, la responsabilidad³.

² Para Carnelutti, "la libertad no es la abstracta posibilidad de escoger entre el bien y el mal, sino la concreta potencia de escoger el bien", *El problema de la pena*, Ejea, Buenos Aires, 1956, pág.37.

³ "El planteamiento tradicional se ha basado en la idea de *libertad de voluntad*, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el "*poder actuar de otro modo*", Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2a edición, Bosch, Barcelona, 1982. En materia penal se le llama principio de culpabilidad, de la que el mismo autor nos dice, "para que... pueda cumplir la función que suele encomendársele de trazar una frontera al poder punitivo, conviene replantear su contenido. Hay que preguntar si bajo dicho

Cuando hablamos de libertad personal⁴ nos referimos a la autonomía o independencia de un individuo respecto de la sociedad o comunidad a la que pertenece, e incluso, frente al Estado. La libertad del individuo encuentra un primer límite natural en la libertad de los demás⁵. La comunidad impone al individuo determinadas conductas, así como el Estado obliga también al individuo a realizar unas o abstenerse de ejecutar otras, calificando de este modo las acciones. Sin embargo, el individuo es capaz, en función de su libertad personal, de acatarlas o no en forma voluntaria⁶. El Estado y la sociedad, por su parte, tendrán que

principio cabe unificar una serie de límites del derecho penal que hoy parecen inexcusables en un Estado social y democrático de derecho. Tal unificación no puede buscarse por medio de supuestos indemostrables como el del libre albedrío, pero tal vez pueda conseguirse si se recupera el sentido originario del término "culpabilidad" como posibilidad de imputar un suceso negativo a determinado sujeto. Así entendido - continúa el mismo autor-, el principio de culpabilidad reuniría, en su sentido más amplio, todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de derecho. En el sentido estricto en que se emplea en la teoría del delito, la culpabilidad se referirá a una de dichas exigencias que permiten la tribuibilidad del hecho, sin necesidad de acudir a la idea de la libertad de voluntad", "Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena", *EL poder penal del Estado. Homenaje a Hilda Kaufmann*, Depalma, Buenos Aires, 1985, págs.368-369.

⁴ A lo largo de este trabajo hablaremos de la privación de la libertad, refiriéndonos específicamente a las restricciones a la libertad personal, también llamada libertad de circulación, corporal, física, de movimiento, ambulatoria y/o personal de locomoción, en todos los casos hacemos referencia a la misma.

⁵ En este sentido la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano consigna en su artículo 4o. que "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro: de esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los restantes miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos".

⁶ Para Jeremy Bentham, "el provecho que obtiene del delito es la fuerza que impulsa al hombre a infringir el derecho. El dolor de la pena es la fuerza que aplicamos para detenerle ante el quebrantamiento del derecho. Por lo tanto, hemos de cuidar de que prepondere la segunda de estas fuerzas, pues en otro caso se cometerá el delito", cit. por Atkinson, Charles M., *Jeremy Bentham, his life and his work*,

prever esta situación de rompimiento, en la que por la libre voluntad el individuo elige no acatar una determinación, y entonces, el Estado⁷ deberá estar prevenido para mantener el equilibrio entre lo que dispone y lo que es desobedecido, para poder mantener el orden social⁸. Una de estas prevenciones puede ser la privación de la libertad. Como lo explica Gerardo Landrove Díaz⁹:

"La propia naturaleza humana determina la convivencia no siempre perfecta y pacífica, sino alterada por conflictos, para cuya solución se arbitra una normativa que disciplina la actividad de cada uno de manera que resulte compatible con la de los demás. En este conjunto de normas jurídicas existen algunas -las normas penales- que amenazan con la imposición de una pena, esto es, con la privación de un bien jurídico personal de índole diversa, en los casos de desobediencia".

Es el Estado, por tanto, a quien corresponde a través de una doble facultad, tanto la determinación de las conductas delictivas y de su

Londres, 1905, en Von Hentig, Hans, *La pena*, T. II, trad. de José Ma. Rodríguez Devesa, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pág.142.

⁷ Cabe recordar en consonancia con lo dicho, la definición de Max Weber, para el cual "El Estado es aquella comunidad humana que dentro de un determinado territorio (el territorio es elemento distintivo), reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia física legítima", *La política como vocación*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza Editorial, Madrid, 1967, pág.83.

⁸ Esta facultad es la imposición de penas, de la que Cuello Calón nos dice: "La pena es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal.", Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal* (Parte general), tomo I, 18a edición, Bosch, Barcelona, 1981, pág.714.

⁹ *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1988, pág.15.

correspondiente sanción¹⁰, como ejecutar esta última sobre la persona del infractor¹¹.

Es entonces, en el ámbito de la convivencia humana que surgen las normas que han de regularla y, en estas mismas, unas especiales, las de carácter penal o Derecho penal¹², que opera de excepción y como consecuencia de la infracción que se produce en el medio normado¹³. "La pretensión punitiva o derecho subjetivo del Estado a castigar surge con la comisión del delito. La acción penal es la facultad de exigir la intervención del poder jurisdiccional para que se pronuncie sobre el fundamento de la pretensión punitiva"¹⁴. "El derecho a pedir la ejecución

¹⁰ "La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal", Cuello Calón, *La moderna penología*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1958, pág.16.

¹¹ Lo que dentro del régimen jurídico de un Estado se denomina Derecho penal, el cual suele distinguirse en subjetivo y objetivo: para Cuello Calón "El derecho penal en sentido subjetivo es el derecho de castigar (*ius puniendi*), es el derecho del estado de conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad", y en su sentido objetivo se entiende "como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y seguridad con que aquéllos son sancionados. El primero contiene el fundamento filosófico del derecho penal y la segunda acepción encierra el fundamento del derecho penal positivo.", *ult. op. cit., idem., págs.7-8.*

¹² "El fundamento del derecho a establecer normas penales hay que buscarlo en la Filosofía del Derecho o en el Derecho político", M. E. Mayer, *Tratado de Derecho Penal*, 2a edición 1923, pág.418, cit. por Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, Parte General*, 11a edición, Dykinson, Madrid, 1988, pág.38.

¹³ "Las normas jurídico-penales son siempre respuesta, acertada o no, a una cuestión nacida de la convivencia de seres humanos dentro de una sociedad organizada. Con otras palabras, son la solución de un problema planteado por la necesidad de coexistir", Rodríguez Devesa, *op. cit.,* pág.11.

¹⁴ Grispiigni, *Diritto penale*, I, 1950, pág.296, cit. por Rodríguez Devesa, cit., pág.43.

de la pena surge de la sentencia condenatoria. Acción penal y derecho a exigir la ejecución de la pena corresponden al Derecho procesal penal.¹⁵

Existe coincidencia -dice Rodríguez Devesa- en considerar que el derecho penal subjetivo¹⁶, "es, por de pronto, el derecho del Estado a imponer penas y a ejecutarlas cuando se comete un delito, o sea, la pretensión penal que nace para el Estado a raíz de la comisión del delito¹⁷"; esta facultad es considerada como "derecho de castigar", es decir, *ius puniendi*, que de acuerdo con Kant es "el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión de la ley"¹⁸.

Siguiendo a Rodríguez Devesa un grupo más reducido de autores entiende que, además de este derecho (el derecho a castigar), "abarca la facultad del Estado de establecer normas penales, es decir, dictar preceptos en que se conecta al delito, como presupuesto y, la pena o la medida de seguridad como consecuencia jurídica"¹⁹. Esto significa no ya entender la facultad del Estado (Derecho subjetivo), como bidimensional, sino que debe de entenderse tridimensionalmente. De ahí que pueda definirse el concepto subjetivo del Derecho penal -concluye Rodríguez

¹⁵ Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág.43.

¹⁶ De acuerdo con la Doctrina penal, "la Ciencia del Derecho penal tiene por objeto el estudio del Derecho penal, el cual puede considerarse: A) como conjunto de normas (Derecho penal objetivo, *ius poenale*); B) como facultad (Derecho penal subjetivo, *ius puniendi*)." Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág.7.

¹⁷ *Op. cit.*, pág.36.

¹⁸ *Metafísica de las costumbres*, cit. por Betegón, Gerónimo, *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág.20.

¹⁹ *Op. cit.*, pág.36.

Devesa-, como "el derecho del Estado a establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos"²⁰.

"El fundamento del derecho del Estado a exigir la aplicación de las normas penales, esto es, a quien haya cometido un delito sufra la condigna pena, reside en la ley penal"²¹. Lo explica, Binding, apoyándose en su distinción entre normas y ley penal, "a estas dos clases de preceptos jurídicos corresponden dos clases de derechos subjetivos: *el derecho a la obediencia y el derecho a imponer la pena*. Y como la ley penal presupone conceptualmente la norma, del mismo modo el derecho penal subjetivo presupone conceptualmente el derecho a la obediencia. Estos dos derechos subjetivos están estrechamente emparentados, pues la lesión de uno -el delito- constituye la fuente del otro, y se llama, en tanto que esto es así, delito (*verbrechen*)"²².

El ejercicio de esta potestad en su evolución ha experimentado diversas características, podemos decir que ha atravesado diversos estadios según los enjuiciamientos, ya inquisitivo, acusatorio o mixto y en ellos se distinguen con claridad sus alcances, que en no pocas ocasiones estuvieron determinados por el autoritarismo, la arbitrariedad y la incertidumbre. Respecto de estos alcances -de acuerdo con Rodríguez Devesa-, "...el derecho a castigar tiene, en el estado actual de la ciencia jurídico penal, tres límites importantes, a saber: en cuanto al titular (el Estado monopoliza la representación del derecho a castigar), a la esfera

²⁰ Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág.37.

²¹ *Idem.*, págs.38 y 39.

²² Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, I, 1885, cit. por Rodríguez Devesa, *cit.*, pág. VIII-IX.

de actuación del derecho mismo (el derecho penal objetivo constituye no sólo el presupuesto del subjetivo, sino su límite) y a la actuación de la pretensión punitiva (el poder punitivo del Estado se ha de ejercitar precisamente a través de un órgano jurisdiccional)"²³.

Detenta, pues, el Estado, el *ius puniendi*, que debemos entender no sólo en el sentido de punir o castigar, sino como ya lo hemos visto, en una triple dimensión, como conductor de la política criminal, a través de la legislación, como único titular de la acción penal, al mismo tiempo que principal componedor de las controversias penales²⁴ y también como ejecutor de la sanción, consecuencia de la infracción, cuya finalidad, la mayoritariamente aceptada por los sistemas penales, es la readaptación social del infractor²⁵. Es por ello que la atribución penal del Estado no puede considerarse superficialmente o desde un sólo aspecto. La función punitiva del Estado es una función integral que debe ser conducida como un complejo de poderes-deberes, cuyas acciones vayan encaminadas concatenadamente al cumplimiento de la finalidad del bien común²⁶.

²³ *Op. cit.*, págs.41 y 42.

²⁴ Actualmente se nota una clara tendencia a dar mayor importancia a las figuras autoconpositivas en el proceso penal, como por ejemplo, ha aumentado el número de delitos perseguibles por querrela, en detrimento de los perseguibles de oficio; así como se ha incrementado el número de supuestos en los que procede el perdón del ofendido como medio de extinguir la acción punitiva, lo que evidencia una mayor participación del particular en la persecución de los delitos.

²⁵ "Hoy es indudable que sólo al Estado compete enjuiciar por delitos supuestamente cometidos, aplicar sanciones por conducto de los tribunales y ejecutar las penas por medio de órganos administrativos o judiciales dispuestos para ese fin.", García Ramírez, Sergio, *El sistema penal mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág.22.

²⁶ Pues como dice Beccaria, "Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico", y en este sentido el bien común irá marcando los límites dentro de los que el legislador se moverá para determinar la

Han transcurrido algunos siglos desde que el rompimiento con el Estado y el orden social era castigado, fundamentalmente, con la pérdida de la vida²⁷, de la dignidad, o de alguna parte del cuerpo, incluso con el despojo de bienes y propiedades. La evolución, lenta y penosa, del castigo²⁸ ha pasado de recaer sobre los cuerpos a dirigirse a la moral y a la conciencia; las penas se han vuelto "benévolas", se ha pasado de infligir dolor a procurar la rehabilitación; para ambas cosas se requiere privar de la libertad²⁹ y, sin embargo, se encuentran en sitios diametralmente opuestos. Esto es lo que se conoce como humanización de las penas³⁰.

política criminal del Estado y consecuentemente las penas que serán impuestas y la manera en que serán ejecutadas. Cfr. *Tratado de los delitos y de las penas*, 4a edición facsimilar, Porrúa, México, 1990, pág.9.

²⁷ "El pensamiento primitivo admite que la eliminación del individuo es necesaria para la preservación del colectivo", Eslava, Juan, *Verdugos y torturadores*, Ediciones temas de hoy, Madrid, 1993, pág.83.

²⁸ Dos siglos, de acuerdo con Foucault, que fija la desaparición de los suplicios en la segunda mitad del siglo XVIII, con reformas y nuevas teorías de la ley y del delito, una nueva justificación para castigar, sin olvidar la redacción de códigos "modernos", que implica la abolición de viejas ordenanzas. "A fines del siglo XVIII, y en los comienzos del XIX, a pesar de algunos grandes resplandores, la sombría fiesta punitiva está extinguiéndose", *Vigilar y Castigar*, 21a edición, Siglo XXI, México, 1993, pág.16.

²⁹ La sempiterna ambivalencia de la prisión, ya como lugar de reclusión, en sí misma como penitencia, ya como oportunidad para torturar, mutilar e incluso, privar de la vida.

³⁰ El inicio de este periodo está característicamente determinado con la aparición de la obra de Beccaria, *Dei delittie della pene*, publicado en 1764, en el que se nota claramente la influencia de Rousseau y en general del espíritu de la ilustración. "La concepción de la pena como garantía de un orden jurídico colectivo, cuyo mantenimiento corresponde al Estado, no aparece, lógicamente, hasta el siglo XVIII. El *ius puniendi* del Estado supone, sobretudo, el enjuiciamiento de los delitos desde el punto de vista de la colectividad, superándose toda idea de odio o venganza contra el delincuente.", Landrove Díaz, *op. cit.*, pág. 18.

Privar implica prohibir, vedar, impedir, y lo que se prohíbe, veda o impide, con las medidas restrictivas de la libertad³¹, es el ejercicio de la libertad de circulación; esta pena implica, por tanto, reclusión, encierro. Esta situación conlleva la limitación del ejercicio de otras libertades y derechos, a los que puede ir o no dirigida la sanción; pero que se ven igualmente afectados por el padecimiento de una condena de esta naturaleza.

Trataremos ahora sobre la privación de la libertad; la restricción prevista por la ley, impuesta por un órgano competente y ejecutada por la

³¹ Esta aseveración atiende al régimen de sanciones penales establecido en el Código Penal para el Distrito Federal, en el que no ha sido considerada la prisión perpetua por el legislador; por lo tanto, no hablamos de una privación absoluta, permanente, pero sí de una parcial, temporal. No sucede así en otros ordenamientos, en los que se diferencia entre penas privativas y restrictivas de la libertad, como en los códigos penales alemanes, italianos y españoles, por citar algún ejemplo; y en los que la restricción puede ser mayor o menor, dependiendo de pena en la cuestión, sin hablar, necesariamente del encarcelamiento perpetuo. De acuerdo con Antón Oneca, "las penas contra el bien jurídico de la libertad son privativas o restrictivas. Las privativas consisten en la clausura en un establecimiento penitenciario, bajo un régimen de disciplina y trabajo por lo general obligatorio. Las restrictivas afectan únicamente a la libertad de residencia, o someten al condenado a vigilancia u otras prohibiciones", *Derecho penal*, 2a edición, Akal iure, Madrid, 1985, pág.530; en este mismo sentido se expresa Landrove al considerar que las penas restrictivas de la libertad "se limitan a restringir o recortar la libertad del penado, no privándole por completo de ella", *op. cit.*, pág.87. "En rigor -continúa Oneca-, el nombre de 'privativas de libertad' con que se les ha bautizado no es muy propio, pues ni privan totalmente de libertad exterior ni pueden suprimir la libertad interna. Con más acierto los italianos llaman a unas y otras restrictivas de libertad, clasificando éstas en carcelarias y no carcelarias, con lo cual se caracterizan las primeras, cuya esencia consiste en el encierro en una cárcel, tomando esta palabra en su sentido amplio y vulgar de establecimiento penal.", *op. cit.*, *idem*; para Carnelutti, el término reclusión, se refiere a cualquier especie de pena restrictiva de la libertad personal; de acuerdo con este autor, el término restrictiva de la libertad es inexacto, "pues en los límites dentro de los cuales la coacción jurídica pueda decirse que restringe la libertad, ésta es una nota común de todas las penas, no de la reclusión solamente", *El problema de la pena*, *cit.*, pág.50

autoridad, que se conoce como prisión. Pena en el sentido amplio del término: padecimiento de encierro decretado por la autoridad. Este sentido *lato* nos permite incluir innumerables posibilidades, que van desde la mera detención y la prisión preventiva hasta la reclusión con fines médicos o terapéuticos.

Privar de la libertad al ser humano ha tenido con el transcurso de la historia de la humanidad distintos significados, los más diversos fines y se ha logrado mediante sinnúmero de medios; desde la esclavitud, negación absoluta de la calidad de persona y consecuentemente de la libertad³², hasta el cautiverio por motivos políticos. Se ha raptado a la mujer que se desea y se ha incomunicado al pecador, como penitencia, para expiar su culpa. De este modo el motivo o causa que origina la privación de la libertad determina su calificación. Así, la prisión dispuesta como pena por la comisión de determinado delito, es una privación legal de la libertad; el secuestro se constituye como una privación ilegal.

¿Cómo hemos calificado la privación de legal o ilegal? Cuando sencillamente decimos privación de la libertad, nos estamos refiriendo a aquella autorizada por la ley. La privación ilegal de la libertad implica otros supuestos, distintos, que son conocidos como delitos y a los que no nos referiremos en este estudio; por lo que sólo trataremos de la privación de la libertad como pena o medida decretada por la autoridad como resultado de un juicio o proceso, en nombre de la ley, en la que ha sido previamente establecida. Esto nos lleva a adelantar un poco la

³² Juventino V. Castro hace una mención especial respecto de la negación de la esclavitud llamándola garantía de libertad física, dice de ésta es absoluta y sin restricciones, sobre la cual deben cimentarse el resto de las garantías constitucionales, cfr. *Lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, 7a edición, México, 1990, pág.41.

naturaleza de esta restricción, que para ser calificada de legal debe estar determinada por diversas y muy específicas características.

Hacemos aquí una selección de los temas que rodean al de la privación de libertad, como son: los principios constitucionales que en materia penal dirigen la actividad punitiva del Estado mexicano, en el que incluimos también, algunas disposiciones de carácter penal; todo esto con la finalidad de desentrañar la intención fundamental del Constituyente.

Nos queda claro, y así lo manifestamos, la necesidad de dar a este gran tema de la privación de la libertad, un tratamiento integral, por ello partimos de la base de la ubicación y relaciones con otras disciplinas, del Derecho penitenciario. Analizamos, someramente, los supuestos restrictivos dispuestos en el universo normativo mexicano, sin pretender ser exhaustivos, para dar una visión de conjunto sobre el tema de la privación de la libertad.

Es necesario, así lo hemos considerado, tratar el tema relativo a la protección a la libertad personal -este apartado se refiere en concreto a la protección de este bien jurídico, por ejemplo, a través del juicio de amparo-; tratamos también sobre el problema central que constituye la prisión misma, como pena y como medida de seguridad; la institución de la prisión y el régimen penitenciario, en los que trataremos nuestras inquietudes acerca de la organización penitenciaria, su regulación, así como su repercusión en la vida de los internos, en aspectos importantes como el trabajo, la familia, la vida conyugal, etcétera.

Consideramos pertinente establecer algunos capítulos históricos, sobre todo por lo que se refiere a la prisión preventiva y a la prisión como

pena, por tratarse de dos instituciones que en la actualidad están enfrentando serios problemas, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de la "crisis de la prisión"³³; es por ello que quien escribe considera importante una revaloración histórica de estas instituciones, para que a partir de ella, de su historia, busquemos el nuevo sentido, la fresca inspiración que requiere esta institución³⁴.

Es necesario revisar también, aunque sea someramente, las nuevas tendencias penitenciarias, las substitutionistas y las abolicionistas, sin duda parteaguas de la tradición penitenciaria actual que vale la pena evaluar.

El estudio de estos temas nos permitirá adelantarnos un poco y hablar del futuro de la institución carcelaria, más que como una predicción, como un deseo esperanzado de servir y contribuir a la empresa rehabilitadora en la que todos los seres humanos estamos comprometidos.

El tema que he escogido y cuyo análisis pongo en estas líneas a su consideración, representa una sincera preocupación por la violencia que

³³ Esta situación ha sido evidenciada entre otros autores por: Ruiz Funes, Mariano, *La crisis de la prisión*, Ed. Jesús Montero, La Habana, 1949; "La crisis de la prisión", *Criminalia* XXXV, núm. 7, 31 de julio de 1969, México; Herzog, Jacques B., "La crisis de la prisión y los establecimientos abiertos", en *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria*, Santiago de Chile, 1960; Cuello Calón, Eugenio, "¿Debe suprimirse la prisión?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1952; Martínez, J. A., "La cárcel como factor criminógeno", *Criminalia*, Agosto, México, 1951.

³⁴ "No se repetirán los hechos, pero sí los ciclos. Y en nuestro derecho penal se producen periódicamente las crisis", Jiménez de Asúa, Luis, "Corsi e ricorsi. La vuelta de Von Liszt.", en Franz Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, III-UNAM, México, 1994, pág.29.

se vive en nuestros días y de la cual las prisiones y sus ocupantes son víctimas, quizá más angustiadas que los que están fuera³⁵.

Los puntos señalados delimitan nuestro tema de "la privación de la libertad", le dan contenido. Hay infinidad de situaciones de las que hablar en relación a la prisión y lo que ésta implica. Creo que es importante respecto de la organización penitenciaria, fortalecer los ámbitos más generales, atender los problemas colectivos, para poder así, posteriormente, dedicar los esfuerzos a ayudar a cada hombre y mujer privados en la individualidad de sus circunstancias.

Existen sin duda numerosos temas más que abordar, uno muy importante, es el relativo al personal penitenciario y a la administración y vigilancia de los centros de reclusión. Día a día encontramos noticias sobre situaciones alarmantes en las prisiones, motines, asesinatos, huelgas de hambre, corrupción, autogobierno, tráfico y consumo de drogas, aberraciones sexuales, violencia, riñas, tortura, etcétera. Accidentes todos sin lugar a dudas, pues representan acontecimientos que no deberían de ocurrir.

Esta situación debemos confrontarla con dos problemas gravísimos en la organización penitenciaria: la sobrepoblación y la falta de personal con verdadera vocación, desde directores hasta celadores. Es,

³⁵ Me uno así, con este modesto esfuerzo, a esta batalla que no conoce tiempos ni espacios. Se que la práctica penitenciaria es la única escuela, el verdadero campo de batalla, y que este trabajo puede ser tachado de mero discurso, pero creo que una buena manera de mejorar y de humanizar las penas y el trato a los penados es reflexionando y eso sólo puede hacerse en la intimidad de la conciencia de cada ser humano. Sea pues esta tesis el producto de mi reflexión, esperando sinceramente contribuir en algo.

además de necesario, urgente capacitar verdaderos profesionistas, no sólo en el manejo de la ley, sino en una práctica integral que les permita desarrollar la verdadera labor social que implica el trabajo de la prisión.

Otro de los temas destacados en el estudio de la privación de la libertad es el relativo a la situación de encarcelación, como fenómeno individual, considerado en sus efectos masivos; importantes labores sobre asistencia a reos liberados se han llevado a cabo a partir de la década de los sesenta y con más fuerza en los setenta, en que se evidenció la necesidad de auxiliar al preso liberado a reincorporarse a su vida cotidiana; quedó demostrado que es parte de la readaptación social como fin de la prisión. La rehabilitación, reinserción social, resocialización, reintegración social, reeducación, como también suele llamarse a la readaptación social, atiende al aspecto integral de la vida del reo, ámbito que conjunta su persona, familia, trabajo, etcétera. La privación de la libertad tiene un sentido perfectamente definido, para el que no es posible hablar de cautiverio sin hablar de libertad, antes y después de aquél. Valga dejar para intentos posteriores el estudio de las cuestiones que se dejan aquí apuntadas.

1.2. MÉTODO

Esta investigación jurídica inicia con el planteamiento que se formula partiendo de la privación de la libertad como hecho legalmente previsto. La elaboración del esquema inicial de la investigación, como lo dije líneas arriba, está orientado a satisfacer los puntos que a mi parecer

constituyen algunos de los fundamentales de la doctrina penitenciaria, los que hemos agrupado de tal modo que podemos decir que la investigación se compone de tres grandes campos, a saber: la privación de la libertad (*in genere*), la protección a la libertad y un tercero, dedicado a la prisión, como institución.

Empleamos ha manera de referencia el método deductivo. Tratamos las cuestiones generales relativas a la privación legal de la libertad, así como la institución penitenciaria como género, para dar paso, al análisis del sistema penitenciario mexicano en concreto. A sido elegido éste y no el inductivo, por ser el que cumple con mayor exactitud las pretensiones de visión global del problema carcelario. Para cumplir las expectativas de un trabajo de investigación parcial -trátase del medio penitenciario mexicano-, es fundamental el contacto directo con la realidad del medio en reclusión, carencia, que de ningún modo puede ser autorizada, salvo que no nos asista la experiencia. Este trabajo no cuenta con las aportaciones de la práctica penitenciaria, de la que esperamos nutrirlo en el futuro, por lo que deberá ser tomado entonces como teórico-jurídico.

Es este un ejercicio teórico que busca dar respuesta a ciertas interrogantes que me he planteado en el transcurso de los estudios de la Ciencia del Derecho, y aún, de la elaboración de este trabajo y a ellos pretendo dar respuesta.

1.3. FUENTES

La investigación bibliográfica consistió en la recopilación de material escrito en diversas instituciones públicas, entre las que se encuentran la Biblioteca Antonio Caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Biblioteca Central y la Biblioteca Nacional, también de la Universidad; se consultó el acervo bibliográfico y hemerográfico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de la Biblioteca Emilio Portes Gil de la Procuraduría General de la República, de la Biblioteca del Instituto de Capacitación de la misma Procuraduría (antes Instituto Nacional de Ciencias Penales). Fueron consultados también diversos volúmenes de la Biblioteca del Congreso de la Unión y del Archivo General de la Nación. Resultaron igualmente provechosas las consultas al fondo bibliográfico del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la misma Universidad; así como del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Las obras que consultamos en este trabajo son en su mayoría monografías especializadas sobre temas relacionados con el penitenciarismo, así como obras generales sobre Derecho y Ciencias penales. Es importante mencionar que mucho se ha escrito sobre la prisión, desde todos los tiempos, y sin embargo su desarrollo y su humanización se ha visto aletargado, en él pesa el tiempo y el sufrimiento, por lo que es necesario reflexionar sobre la verdadera necesidad de castigar y la manera de llevar a cabo el castigo.

El trabajo de recopilación biblio-hemerográfica representó una de las partes fundamentales de esta investigación, por tratarse de un tema

ampliamente difundido y abordado en innumerables obras y por multitud de autores.

Esta recopilación se centró básicamente en los temas clave de las materias de Derecho constitucional, Derecho penitenciario, Derecho procesal penal, Derecho penal y Criminología. Sin embargo, no se descartó el material biblio-hemerográfico de otras áreas del conocimiento, como la sociología, la psicología, la medicina, e incluso la arquitectura y la literatura. Ha sido reveladora en este sentido la investigación por tratarse de un tema netamente social en el que confluyen para su estudio numerosas áreas del conocimiento científico, técnico, humanístico y artístico; por lo que hemos considerado fundamental, en la medida de lo posible, el estudio integral de esta materia; pues como ha sido apuntado por Hassemer, "la criminalidad no sólo es objeto del Derecho penal, sino también una parte de nuestra vida cotidiana. Nos relacionamos con ella a veces como afectados directamente y, sobre todo, como observadores interesados"³⁶.

³⁶ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1989, pág.28.

CAPITULO SEGUNDO

FILOSOFIA PENAL DE LA CONSTITUCION MEXICANA

CAPITULO SEGUNDO

FILOSOFIA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

SUMARIO: 2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL. 2.1.1. Principios de Derecho penal sustantivo. 2.1.1.1. Irretroactividad de la ley penal. 2.1.1.2. Principio de legalidad en materia penal. 2.1.1.3. Principio de reserva de ley. 2.1.1.4. Igualdad ante la ley penal. 2.1.1.5. Legítima defensa. 2.1.1.6. Otras disposiciones de carácter penal sustantivo. 2.1.1.6.1. *El trabajo lícito y los trabajos forzados.* 2.1.1.6.2. *Protecciones en materia penal a la libertad de expresión* 2.1.1.6.3. *Restricción a la libertad de movimiento.* 2.1.2. Principios de Derecho procesal penal. 2.1.2.1. Garantía de audiencia. 2.1.2.2. Derecho de acceso a la justicia. 2.1.2.3. Garantías de seguridad jurídica y de protección a la integridad física. 2.1.2.4. Garantías del Procesado. 2.1.2.5. Principios sobre los plazos en el proceso penal. 2.1.2.6. Persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal. 2.1.2.7. Principio de legalidad en materia de faltas administrativas. 2.1.2.8. Reserva de jurisdicción. 2.1.2.9. Extradición. 2.1.2.10. Otras disposiciones de Derecho procesal penal. 2.1.2.10.1. *Régimen especial de responsabilidad penal de los funcionarios públicos.* 2.1.2.10.2. *Suspensión de derechos o prerrogativas de los ciudadanos.* 2.1.2.10.3. *Organismos protectores de los derechos humanos.* 2.1.3. Principios de Derecho ejecutivo penal. 2.1.3.1. Características de las penas. 2.1.3.2. Indulto. 2.2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENITENCIARIO. EL ARTÍCULO

18 CONSTITUCIONAL. 2.2.1. Prisión. 2.2.2. Sistema penitenciario. 2.2.3. Readaptación social. 2.2.4. Clasificación penitenciaria. 2.2.5. Menores infractores. 2.2.6. Ejecución extraterritorial FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO. 2.3.1. Leyes, reglamentos, acuerdos y decretos. 2.3.2. Normas y disposiciones internacionales.

Nuestra ya larga tradición penal se encuentra reflejada en el texto de nuestra Carta Magna³⁷, pesan sobre sus disposiciones incontables episodios de desgracias personales y colectivas en las prisiones, es por ello que cobra relevante importancia el tratamiento que de nuestros delincuentes, procesados y reos hace la Constitución; es ésta, además, el parámetro preciso a seguir para dirigir las políticas criminológica, penal y penitenciaria de la vida cotidiana del país; consagra al mismo tiempo las garantías para el delincuente³⁸ y la garantía de protección a la sociedad;

³⁷ Para el estudio de las garantías individuales, especialmente respecto de los derechos de libertad, consagradas en la Constitución, puede verse entre otros: Lozano, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio. En lo relativo a los Derechos del Hombre*, 4a edición, Porrúa, México, 1987; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 24a edición, México, 1990; Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 7a edición, México, 1989; *id.*, *Las garantías individuales*, Porrúa, 23a edición, México, 1991; Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 12a edición, México, 1993; De la Madrid Hurtado, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, Instituto de Capacitación Política, México, 1982; *id.*, *Estudios de derecho constitucional*, Porrúa, 2a edición, México, 1980; Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales*, curso introductorio actualizado, Trillas, 4a edición, México, 1990; Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, H. Cámara de Diputados-IIIJ-UNAM, México, 1993.

³⁸ "Recuérdese que el espíritu del moderno derecho penal, legalista y garantizador de los derechos de la persona, proviene en gran parte de un importante acontecimiento político, la Revolución francesa, y del movimiento constitucionalista que originó.", Cuello Calón, *Derecho penal*, tomo I. *cit.*, pág.17.

es pues, sin duda alguna, el vértice de esta materia, que como ninguna otra exige estricto apego a la legalidad³⁹.

Es el Estado el único ente facultado para sancionar penalmente las conductas⁴⁰ que en base a sus atribuciones él mismo ha considerado delictivas -pues como dice Santiago Mir Puig⁴¹-, "la pena es en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas...", y por lo tanto "...su función depende de la que se asigne al Estado", por lo que el fundamento político-constitucional de determinados principios penales implica al mismo tiempo que la consagración de la facultad del Estado, la de establecer los límites a ese poder⁴². O como dice García Ramírez:

³⁹ "En este sentido es pacífica la opinión de que el principio de legalidad penal tiene una doble fundamentación, por una parte de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal.", Arroyo Zapatero, Luis, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo-agosto, Madrid, 1983, pág.12.

⁴⁰ De acuerdo con Sergio García Ramírez, el *ius puniendi*, facultad que ha asumido el Estado, frente a la venganza privada y colectiva, tiene la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar, y por la otra, la titularidad de la pretensión punitiva. Cfr. "Derecho Penal", en *El Derecho en México, una visión de conjunto*, UNAM, México, 1991, pág.335.

⁴¹ *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pág.15.

⁴² "Ahora, una vez que incluso la función de la pena se cobija en la fundamentación político-constitucional del Derecho penal, sí creo ya necesario asentar también el edificio de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho. La teoría del delito..., constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible.", *idem.*, pág.41.

"No hay duda sobre la misión que incumbe al derecho penal, con su arsenal de medios aplicativos, en un Estado de derecho (justo), comprometido con el respeto al ser humano y la conducción democrática del poder público. El régimen penal es el último recurso de control social"⁴³.

Consagra la Constitución los principios fundamentales del Derecho penal mexicano⁴⁴, protegiendo así la legalidad y orientando la legislación secundaria, acentuando el carácter preciso y la aplicación exacta que demanda la materia penal. Estos principios han sido recogidos a lo largo de la experiencia y como producto de la labor legislativa, así como de la experiencia en los tribunales; conjuntando los avances de la ciencia penal y penitenciaria con la puesta en marcha de programas que evidencian el progreso de la disciplina penal⁴⁵.

Estos principios los veremos más adelante al tratar en particular los artículos de la Constitución que los consagran y que en suma constituyen los pilares de la filosofía y doctrina penal constitucional⁴⁶.

⁴³ *Derecho Procesal Penal*, Porrúa, 5a edición, México, 1989, pág.334.

⁴⁴ Con esta expresión entendemos no sólo a las disposiciones fundamentales del Derecho penal sustantivo, sino a todo el sistema represivo, incluyendo al proceso penal, a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, así como a la política criminal. "Tanto el Derecho penal material, como el procesal penal, como el sistema de ejecución de las penas se basan en principios valorativos que, de algún modo, atenúan la "efectividad" del control social jurídicopenal, de la víctima y especialmente de su agresor, y también de los testigos y demás intervinientes en el proceso." Hassemer, *op. cit.*, pág.120.

⁴⁵ "... estos principios son característicos de una Administración de Justicia penal que está interesada en la elaboración, y no en la simple represión, de la criminalidad y que orienta sus instrumentos no sólo hacia la eficacia, sino también hacia la protección de bienes jurídicos.", Hassemer, *loc. cit.*

⁴⁶ Para Hassemer "Los principios valorativos que informan la intervención del Derecho penal en el control de la desviación impiden, pues, que dicha intervención se base exclusivamente en la efectividad, dándole así su legitimidad y asegurando su futuro.", *idem.*, pág.121.

Asimismo, veremos, de manera muy general, algunos de los artículos de la Constitución de contenido penal, analizándolos para obtener finalmente una conclusión que represente el auténtico espíritu penal constitucional⁴⁷.

Es el hombre el centro de la legislación penal constitucional y el humanismo la filosofía que entraña; en este mismo sentido se expresa García Ramírez, para quien la Carta Magna resume las tendencias individualistas típicas del siglo XIX y la corriente social de principios de siglo, dando como resultado el nuevo concepto de derechos humanos⁴⁸.

⁴⁷ Resulta de sumo interés el análisis de la evolución del pensamiento de los distintos congresos constituyentes y el tratamiento que de la materia penal se ha hecho en nuestras constituciones. Para ello *vid.* Hernández, Octavio, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, H. Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, 3a edición, México, 1985; *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, H. Cámara de Diputados, México; Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987; Palavicini, I. Félix, *Historia de la Constitución de 1917*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987; Ferrer Mendiola, Gabriel, *Crónica del Constituyente*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987; *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987; VV.AA., *La Constitución mexicana de 1917. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, IJ-UNAM, México, 1990; Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, Porrúa, 15a edición, México, 1989.

⁴⁸ Cfr. "Derecho Penal", *cit.*, pág. 333; en palabras del mismo autor "El sistema penal constitucional recoge los postulados del individualismo jurídico: la persona física como centro y razón del orden normativo y del Estado. Se añaden las aportaciones de la corriente social del derecho, reflejadas, particularmente, en las normas sobre readaptación social y menores infractores. La suma de ambas tendencias produce el nuevo concepto de derechos humanos, o mejor aun, *derecho humano* ante el Estado nacional, los otros individuos, los órganos del poder informal y la comunidad internacional. Ese derecho humano característico (el resultado de las denominadas tres "generaciones" de los derechos del hombre) tiene como objeto el *desarrollo de las potencialidades del individuo*. Apareja libertad, justicia, seguridad y bienestar; si alguno falta, se merma la vigencia real del derecho del hombre". (Cursivas en el original.)

2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL.

Para poder explicar la filosofía penal de la Constitución Mexicana de 1917, es necesario revisar, si no todos, sí algunos de los artículos que en ella consagran importantes disposiciones de carácter penal que conocemos como principios penales o principios rectores del orden penal mexicano. Es además útil, repasar algunas normas de contenido penal que se encuentran en nuestra Constitución, para completar el estudio panorámico del tema⁴⁹.

Estos principios fundamentales en materia penal⁵⁰ podemos agruparlos en tres grandes rubros, atendiendo al contenido de los mismos. Estos son: a) principios de derecho penal sustantivo; b) principios de derecho procesal penal o adjetivo; y finalmente, c) los principios de derecho ejecutivo penal, dentro de los cuales encontramos

⁴⁹ Algunos de éstos están profundamente arraigados en el espíritu de nuestra Constitución, como lo demuestran los antecedentes históricos de algunas disposiciones como por ejemplo el principio de legalidad (reserva de ley), contenido ya en el artículo 21 de la Constitución de 1814, que señalaba que "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano".

⁵⁰ Hablamos de materia penal al referirnos, desde un enfoque interdisciplinario, al universo de las ciencias penales las que "se ocupan de estudiar en alguna forma las conductas consideradas antisociales y las normas que las rigen", y también "las conductas parasociales y asociales, así como los sujetos que las cometen.", comprendiendo tanto los fenómenos delictivos, propiamente dichos, como aquellos que escapan del ámbito penal, pero que son consideradas conductas antisociales, parasociales o asociales. Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, Porrúa, 6a edición, México, 1989, pág.81.

los de derecho penitenciario, que por tratarse de los que principalmente ocupan al tema de esta investigación, veremos en un apartado distinto.

Trataremos también, en la parte final de los apartados, algunas de las disposiciones de contenido penal que atienden a los límites constitucionales para la conducta del individuo y a la tipificación penal, así como a disposiciones que interesan a propósito del mismo orden, pero que no constituyen los llamados principios penales constitucionales; éstos, representan valores materiales que el Constituyente ha decidido incorporar al texto constitucional y deben de presidir cualquier actividad interpretativa y aplicativa del ordenamiento a los casos concretos en las más diversas materias.

2.1.1. Principios de Derecho penal sustantivo

Dos de los principios fundamentales del orden jurídico mexicano se encuentran consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución, y son los principios de seguridad jurídica y de legalidad; sin embargo, en materia penal, estos principios van más allá, quedando inserto en el párrafo tercero del artículo 14 el principio de legalidad en materia penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y sus derivados: *nulla poena sine iudicium, nemo iudex sine lege* y *nemo iudex sine actore*, los que iremos viendo a lo largo de este capítulo. Así como en el artículo 16 se

encuentran detallados los supuestos bajo los cuales se puede perturbar a las personas en su esfera de derechos⁵¹.

Estos dos artículos cumplen a su vez una doble garantía, necesaria en todo Estado democrático y social de derecho⁵², que implica por un lado, perseguir a los sujetos que quebrantan las reglas que rigen la convivencia dentro de ese Estado de derecho y por el otro proteger a estos en sus derechos y garantías elementales; si bien es cierto que debe de perseguirse a los delincuentes para proteger a la sociedad, también es cierto que no se les puede perseguir arbitrariamente y al buen parecer del persecutor, ya que siempre es necesario cumplir con ciertas formalidades⁵³.

⁵¹ "A lo largo del procedimiento penal, que es una vía formal para la privación de la libertad, de la propiedad e inclusive de la vida, el Estado exhibe sus convicciones y prácticas en el dominio del Derecho y de la moral. De ahí, pues, que el régimen procesal criminal constituya, como el sustantivo y el ejecutivo, una zona crítica para el imperio de los derechos humanos." Rodríguez Manzanera, *idem.*, pág.30.

⁵² "El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos." Mir Puig, *op. cit.*, pág.29.

⁵³ Pues como dice Ferrajoli, "La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por el conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de justicia penal la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos", "Il diritto penale minimo", *Dei delitti e delle pene*, anno III, n. 3, settembre-dicembre, Bari, pág.521, citado por Roberto Bergalli, "¿Qué se controla: individuos o el propio sistema penal?", mimeógrafo.

2.1.1.1. Irretroactividad de la ley penal.

El artículo 14⁵⁴ consagra principios bien determinados, como son en primer término, la irretroactividad de las leyes. En materia penal⁵⁵, entendemos la irretroactividad en dos sentidos, el primero, positivo, como la prohibición de aplicar a un hecho pasado una ley *ex post facto*, esto es, de perseguir una conducta realizada en el pasado bajo la perspectiva de que es considerada ilícita en el presente. La exigencia de que para un hecho pueda castigarse como delito es preciso de modo ineludible que previamente haya sido declarado como tal por una ley⁵⁶, ha obtenido rango internacional, reflejándose en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, que en su artículo 11, 2 dispone, "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

La jurisprudencia ha sostenido que "es principio general de derecho, el que las leyes deben empezar a regir en la fecha en que ellas determinen o en las de su publicación, y no con anterioridad, porque pecarían de retroactivas"⁵⁷. En sentido negativo, como excepción a este principio lo constituye la aplicación de la norma retroactiva en beneficio

⁵⁴ Este artículo se mantiene intacto desde la promulgación de la Constitución el 5 de febrero de 1917.

⁵⁵ Sobre la irretroactividad de la ley penal y la retroactividad de la ley más favorable *vid.* "legge penale nel tempo", Pagliaro, A., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1973, pág. 1063 y ss.

⁵⁶ Cfr. Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág. 209.

⁵⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, Tomo LXVIII, pág. 2297.

del sujeto al que se dirige, que quiere decir, que si una ley posterior al hecho cometido reporta algún beneficio al afectado, en este caso sí podrá ser invocada su aplicación⁵⁸, o lo que es lo mismo, que sí es posible hacer valer la reforma favorable (*reformatio in melius*), y no será por tanto legal la aplicación de la reforma posterior desfavorable (*reformatio in pejus*). La no aplicación de la norma retroactiva en perjuicio de alguien es "un principio de Derecho justo, porque no es otra cosa que la aplicación del principio de la confianza entre ciudadano y legislador"⁵⁹.

La prohibición de la retroactividad es el reverso -nos dice García. Ramírez⁶⁰-, de un principio general con formulación positiva: para ser punible, una conducta debe hallarse previamente proscrita, en forma tal que el individuo, enterado de la ley preexistente⁶¹, determine su comportamiento: sea para ajustar la conducta a la norma, sea para contrariarla y exponerse a la sanción estipulada.

Rodríguez Devesa comenta:

"Obsérvese que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* no implica, sin más, la prohibición de la retroactividad. Si una ley dispone que se dé efecto retroactivo a un precepto penal, es evidente que no se infringe el principio de legalidad.

⁵⁸ La *reformatio in melius*, no es aplicada de oficio por el juzgador, ésta debe hacerse valer por aquélla persona a la que directamente beneficie.

⁵⁹ Larenz, Karl, *Derecho justo. Principios de ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, 1985, pág.163.

⁶⁰ "Derecho penal", *cit.*, pág.338.

⁶¹ Resulta obvia la relación entre la idea de certeza y el principio de irretroactividad, como lo expresan Manuel Cobo del Rosal y Javier Boix Reig: "El reconocimiento de la irretroactividad de las leyes penales, no ha suscitado mayores problemas para quienes hacen del principio de legalidad y, en suma, de la certeza jurídica, pilar básico del Derecho penal en un Estado de Derecho", "Garantías constitucionales del derecho sancionador", *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, "Derecho penal y Constitución", Madrid, pág.204.

Ahora bien, si una ley declarase constitutivos de delito hechos que antes de su entrada en vigor no lo eran, serían posibles todas las arbitrariedades. En este sentido la prohibición de incriminaciones *ex post facto* responde al mismo postulado inspirador del principio de legalidad: evitar la arbitrariedad. Por eso se acostumbra a incluir en la misma fórmula los principios de legalidad y de irretroactividad...⁶².

2.1.1.2. Principio de legalidad en materia penal.

Por lo que a la materia penal se refiere, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, consagra el principio al que en líneas arriba nos referimos: *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶³. *Nulla poena sine iudicium, nemo iudex sine lege*⁶⁴. Esto es, que las penas deberán estar

⁶² *Op. cit.*, pág.210.

⁶³ "Esta redacción latina no debe engañarnos sobre su origen, que no es romano, como alguien equivocadamente ha creído (error en que incurrió el Mntro. de Justicia prusiano Kerri en su famosa Memoria *Denkschrift fes Preussischen Justizministers*, pág.127)". La rectificación ha sido hecha por varios escritores alemanes, vid., Henkel, *Stratrichter und Gesetz in neven Staat*, Hamburgo, 1934, pág.12. "La formulación latina fue debida a Feurbach", Binding, *Handbuch*, pág.17, cit., por Antón Oneca, *Derecho penal, cit.*, pág.110. Este aforismo establece el principio de tipicidad penal, que a decir de Mariano Jiménez Huerta, "es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho penal ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuricidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca.", *Derecho penal mexicano*, tomo I, Porrúa, México, 1972, pág.19.

⁶⁴ "Legalidad penal se recibe en el "dogma" *nullum crimen, nulla poena sine lege*: no hay delito ni pena sin ley que los prevea. Dicho de otra forma: tipicidad en la fijación de la conducta punible, y atribución legal (en calidad y cantidad) por lo que hace a sus consecuencias (pena o medida).", García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, pág.336.

estrictamente determinadas por leyes exactamente aplicables⁶⁵ a la conducta de que se trata⁶⁶, por lo que no podrán aplicarse penas por analogía o aun por mayoría de razón⁶⁷. Este principio, está íntimamente relacionado con el principio de reserva de ley, que veremos más adelante.

El principio de legalidad en materia penal⁶⁸, como lo hemos visto, se plasma en exigencias o prohibiciones, dirigidas bien al legislador, bien a los tribunales, así como al órgano investigador y acusador; éstos son: la reserva de ley y la reserva de jurisdicción, el principio de tipicidad o de taxatividad de la ley penal, la estricta aplicación de la ley y la irretroactividad *in pejus*.

Los precedentes de dichos principios están en el artículo 39 de la "Magna Charta" inglesa dada por Juan Sin Tierra en 1215, que prohibía castigar a ningún hombre libre *nisi per legale iudicium parium suorum*

⁶⁵ Dice Beccaria "...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social.", *op. cit.*, pág. 12.

⁶⁶ Esta conducta es llamada delito y de acuerdo con el artículo 7 del Código Penal, es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", es decir el tipo penal. "La tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible.", Jiménez Huerta, *op. cit.*, pág. 20.

⁶⁷ "De la norma constitucional se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la llamada "continuidad" del derecho penal y la proscripción de la integración judicial, particularmente al través del método analógico, enlazado con el derecho penal totalitario. En otros órdenes, en cambio, se mueven con holgura diversas fuentes de creación jurídica, no sólo la ley.", García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, págs. 336-337.

⁶⁸ En general sobre el principio de legalidad en materia penal, cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 4a edición, Buenos Aires, 1964, pág. 377 y ss.

*nel per legem terrae*⁶⁹. El principio de legalidad en materia penal se basa en el pensamiento de Jean Jacques Rousseau, para quien

"el hombre, nacido libre, ha transmitido a la comunidad, mediante el contrato social, parte de su libertad; sólo la voluntad de la comunidad (la voluntad general, que se expresa en la ley) está legitimada para constreñir esa libertad que el individuo ha entregado, porque sólo así la libertad sigue siendo posible."⁷⁰

La doctrina con carácter general surge en virtud de las violentas críticas de los reformadores de la Ilustración contra la arbitrariedad judicial (Montesquieu, Beccaria, Lardizábal, en España, etcétera). Antes de Rousseau este principio ya se encuentra plasmado en distintos textos normativos, pero no es sino hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un derecho individual⁷¹. La consagración legal la tiene en las reformas de los monarcas de despotismo ilustrado: en la Declaración de Derechos de Filadelfia; y en la Revolución francesa (Declaración de los Derechos del Hombre).

En el ámbito ideológico del pensamiento político iluminístico-liberal se pensó que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para emanar disposiciones penales. De hecho, la prohibición para los órganos administrativos de poder dictar disposiciones penales busca sustraer al ciudadano de eventuales abusos por parte de tales órganos. Por otra parte, la exclusión de la costumbre como fuente del Derecho hace

⁶⁹ Cfr. Antón Oneca, *op. cit.*, pág. 109.

⁷⁰ Cit. por Santa María Pastor. Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1991, pág. 134.

⁷¹ *Vid.*, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, cit., tomo II, pág. 387.

disminuir, a favor del ciudadano, la posibilidad de que el juez pueda determinar arbitrariamente la norma aplicable⁷².

El artículo 16⁷³ constitucional contiene el llamado principio de legalidad (*in genere*), por el que ninguna persona puede ser afectada en su interés jurídico, ya personal o familiar y en cuanto a su domicilio, papeles o posesiones, si no es por la autoridad competente, cuando ésta encuentre motivos fundados para intervenir ese interés, siempre que lo haga conforme a las leyes aplicables previamente establecidas.

Respecto de la materia que nos interesa el resto del artículo contiene los requisitos y supuestos bajo los cuales puede restringirse la libertad personal⁷⁴, esto es, mediante orden de aprehensión, para la cual establece que sólo podrá ser dictada por autoridad judicial, cuando preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y cuando existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; así como que la autoridad que se encargue de ejecutarla deberá de poner al inculcado e disposición del juez.

⁷² Pagliaro, A., "legge penale". Principi generali", *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIII, Giuffrè Editore, Varese, 1973, pág.1040.

⁷³ Este artículo ha sido reformado en dos ocasiones.

⁷⁴ Para James Golshmidt existe una situación de frontera entre el derecho penal y el derecho procesal penal, en tratándose de la "bifuncionalidad sustantiva y adjetiva" de ciertos preceptos, como es el caso del arresto y lo explica diciendo que "las normas procesales que fijan el régimen de aprehensión actúan, además, como justificantes desde el punto de vista material, dado que las medidas coercitivas procesales son típicas desde el punto de vista penal sustantivo." cit. por García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.53.

Otro supuesto de restricción de libertad personal contenido en el artículo 16 se refiere a la detención⁷⁵ y está contemplada en los párrafos cuarto, quinto y sexto; prevista sólo para casos de flagrancia y urgencia, la cual sólo tendrá lugar cuando se trate de delito grave, exista riesgo fundado de la posible sustracción del indiciado a la acción de la justicia y ante la imposibilidad de ocurrir el Ministerio Público ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

También establece el artículo 16 que el Ministerio Público no podrá retener al indiciado por más de cuarenta y ocho horas, salvo tratándose de delincuencia organizada, en cuyo caso podrá duplicarse; al cabo de las cuales deberá ponerse en libertad o a disposición de la autoridad judicial⁷⁶.

El párrafo octavo contiene los requisitos que debe cubrir la orden de cateo⁷⁷, limitación a la inviolabilidad del domicilio, la que tiene importancia desde el punto de vista de la restricción a la libertad a que

⁷⁵ Respecto de la detención, por la similitud en los supuestos, en las constituciones mexicana y española, para los que está prevista -urgencia y flagrancia-, puede consultarse, Reinoso y Reino, Antonio, "Los derechos del detenido", *Libro homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, págs.903-915.

⁷⁶ "El éxito de la investigación se asegura -o favorece- cuando se detiene al infractor. Sin embargo, este hecho también pone en predicamento los derechos del inculcado. La detención, pues, milita en ambas direcciones: para avanzar de una vez, a fondo, en la tutela social y de la víctima; y para sentar claramente el principio de juridicidad estricta en la acción del Estado contra el infractor. A menudo se alega incompatibilidad entre ambos fines: el éxito de uno sería, por fuerza, fracaso del otro. Semejante alternativa es inadmisibles, lo mismo cuando se resuelve en favor del inculcado, olvidando el otro interés jurídico atendible, que cuando se hace lo contrario. De este modo pierde dignidad y eficacia el procedimiento penal.", García Ramírez, *Proceso penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1994, págs.64 y 65.

⁷⁷ Burgoa, *Las garantías...*, cit., págs.620 y ss; García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., págs.428 y ss.

venimos haciendo referencia en el artículo 16, porque en ella se expresará la persona o personas, que con motivo del cateo, deban aprehenderse.

2.1.1.3. Principio de reserva de ley.

Respecto del orden sustantivo, la Constitución determina en su artículo 73⁷⁸, fracción XXI, la facultad del Congreso de la Unión para definir los delitos y las faltas contra la Federación, así como fijar los castigos que por ellos deban imponerse. Se refiere a los delitos del orden federal, consignados en las leyes federales y de los cuales conocen los tribunales federales⁷⁹. Asimismo, se establece en su fracción XXII, la facultad para conceder amnistías⁸⁰ por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación.

Por lo que en virtud del artículo anterior debemos concluir, que de la materia penal se conocerá en el fuero común o local y en el fuero federal, encontrando el fundamento de este último en la fracción XXI del citado artículo, reservando para los Estados de la federación la facultad de legislar en materia penal del orden común.

2.1.1.4. Igualdad ante la ley penal.

⁷⁸ Este artículo ha sido reformado en 38 ocasiones.

⁷⁹ *Vid.* artículo 51 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

⁸⁰ "Acto del Poder Legislativo que ordena el olvido oficial de una o varias categorías de delitos, aboliendo bien los procesos comenzados o que han de comenzarse, bien las condenas pronunciadas", *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz "amnistía", 3a edición, III-Porrúa, México, 1989, págs.151-152. Recientemente ha sido promulgada una ley de amnistía con motivo del levantamiento armado en el Estado de Chiapas, *vid.*, *Diario Oficial de la Federación* del 22 de enero de 1994.

El artículo 13⁸¹ dispone el principio de igualdad ante la ley penal⁸², al hacer la prohibición expresa de leyes privativas o tribunales especiales.

La igualdad ante la ley en general, y en particular ante la ley penal, se logra mediante el establecimiento de normas de carácter general y abstracto; entendiendo por generalidad el hecho de que las leyes sean universales respecto del destinatario, y por abstracción el que sean universales respecto de la acción⁸³.

La Suprema Corte ha confirmado la necesidad de que las leyes sean generales y abstractas en la siguiente tesis jurisprudencial:

"...es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previene, en tanto no sean abrogadas"⁸⁴.

Es decir, que las leyes no vayan dirigidas a sujetos individualmente determinados, ni regulen únicamente algunas de las acciones que cumplan el supuesto y otras no, teniendo efectos selectivos en su aplicación. "Si la ley no reuniera las características que acabamos de enunciar brevemente (generalidad y abstracción) se podría equiparar, al

⁸¹ Este artículo no ha sufrido ninguna reforma desde 1917.

⁸² Este principio está íntimamente relacionado con otro que nos interesa, el de individualización de las penas, sobre este último *vid.* Albacar López, José Luis, "Reflexiones sobre la individualización de las penas", *Poder Judicial*, número 6, marzo, Madrid, 1983, págs.85-91, especialmente 87.

⁸³ *Vid.* Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, 1991, pág.143.

⁸⁴ *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, primera parte, Tribunal Pleno, pág.236.

menos en el sistema mexicano, a una ley privativa de las que prohíbe el artículo 13 constitucional.⁸⁵

Este artículo (13 constitucional), es producto de la anulación de los fueros existentes en la colonia y en los primeros años del México independiente, reconociendo únicamente el fuero de guerra⁸⁶, por lo que se refiere exclusivamente a los delitos y faltas contra la disciplina militar cometidos por personas que pertenezcan al Ejército (Fuerzas Armadas)⁸⁷, limitando la jurisdicción⁸⁸ aún más, al establecer que en caso de que en la comisión de un delito o falta del orden militar estuviese involucrado una persona que no pertenezca a la milicia ("paisano"), conocerá la autoridad civil que corresponda.

⁸⁵ Carbonell y Sánchez, Miguel, *Concepto, marco histórico y régimen jurídico vigente de la jurisprudencia en México*, Tesis profesional, UNAM, México, 1994, pág.113. Cfr. La tesis jurisprudencial LEYES PRIVATIVAS, CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE., *Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1969, parte II, Sala Auxiliar, pág.58.

⁸⁶ Vid. García Ramírez, "Características del enjuiciamiento penal militar mexicano", en su libro *Estudios penales*, Biblioteca de la Universidad Autónoma de Coahuila, núm.9, México, 1982, págs.13-33 y en Ovalle Favela, José, *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 2a edición, Miguel Angel Porrúa, México, 1985, págs.179-200; del mismo autor *Derecho procesal penal*, cit., págs.759 y ss.

⁸⁷ "Las características especiales de las fuerzas armadas, que comprenden ejército, aviación militar y marina de guerra, explican y justifican la existencia de un estatuto propio. No es de privilegio, sino de rigor." García Ramírez, "Derecho penal", cit., pág. 341.

⁸⁸ Disposición similar la del artículo 117.5 de la Constitución española que declara el llamado principio de unidad jurisdiccional, sobre el que se organizan y funcionan los tribunales, salvo la jurisdicción militar. Vid., Gimeno Sendra, José Vicente, "Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional", *Comentarios a la legislación penal*, tomo I "Derecho penal y Constitución", cit., págs.307-325.

La declaración de la subsistencia del fuero militar, no implica la no sujeción de los integrantes del ejército, como cualquier otro ciudadano, a las leyes ordinarias; esto es, los delitos y faltas cometidos por personal de las fuerzas armadas durante el servicio o fuera de éste, deberán estar relacionados y afectar directamente a la disciplina castrense, de otro modo se les sujetará a la jurisdicción ordinaria como a cualquier habitante de la República.

Respecto de la anulación de los tribunales especiales, considérese ésta una garantía procesal, por la que se suprimen los tribunales creados *ad hoc* para conocer de un individuo(s) determinado(s) y por una causa anterior, también determinada⁸⁹.

2.1.1.5. Legítima defensa.

El artículo 10⁹⁰ de la Constitución prevé el supuesto excluyente de responsabilidad penal denominado "legítima defensa", al referirse a que los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas⁹¹ en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa.

Se entiende que se actúa en legítima defensa al repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la

⁸⁹ "Se proscriben, pues, las jurisdicciones por comisión, excepcionales o particulares, creadas para el juzgamiento de un asunto o de unos cuantos asuntos determinados", García Ramírez, "Derecho penal" *cit.*, pág.351.

⁹⁰ Se ha reformado una vez.

⁹¹ La Constitución remite a la ley reglamentaria que es la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, de 11 de enero de 1972.

defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende⁹².

No debemos confundir aquí, el derecho a la defensa con la presunción de legítima defensa, básicamente por lo que se refiere a la carga de la prueba. Aquél, es un derecho propio del inculpado, del sujeto que se señala como probable responsable, el cual goza del derecho de conocer y aportar todos aquéllos datos relativos a la probanza de su inocencia; será el órgano acusador al que le corresponda allegar al juzgador los elementos probatorios de la responsabilidad penal. No es así, en tratándose de la presunción de legítima defensa, por la que el legitimado deberá de proporcionar a los órganos acusador y jurisdiccional las pruebas dirigidas a acreditar la excluyente; en esta situación, como vemos, se invierte la carga de la prueba.

2.1.1.6. Otras disposiciones de carácter penal sustantivo.

Estas disposiciones constitucionales se refieren a la **juridicidad** o **antijuridicidad** de determinados supuestos, por lo que se constituyen como un límite a la legislación secundaria. En otros casos, atienden a

⁹² Artículo 15, fracción III del Código Penal. Esta disposición delimita la circunstancia sobre la que se presumirá actuación en legítima defensa, circunscribiéndola a la nocturnidad, escalamiento o cualquier otra penetración no autorizada al hogar, habitación o dependencia, o en tratándose de circunstancias que revelen la posibilidad de agresión. Sobre el particular, *vid.*, Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 16a edición, Porrúa, México, 1988, págs.531-565; Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, parte general*, 27a edición, Porrúa, México, 1989, págs.191-202; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicana, parte general*, 10a edición, Porrúa, México, 1991, págs.315-326; Porte Petit, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 12a edición, Porrúa, México, 1989, págs.391-430.

disposiciones netamente sustantivas estableciendo tipos penales, con su correspondiente sanción.

2.1.1.6.1. *El trabajo lícito y los trabajos forzados.*

El artículo 5o⁹³ consagra la libertad de trabajo, cuya única limitante -por lo que interesa a este trabajo-, se refiere a que a ninguna persona se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos; y su ejercicio sólo podrá vedarse por determinación judicial o por resolución gubernativa⁹⁴ que se funde en una ley previa⁹⁵.

Así lo ha manifestado la Corte de acuerdo con la siguiente Tesis:

LIBERTAD DE TRABAJO, SU LIMITACIÓN. El artículo 4o. de la Constitución, al establecer que la libertad de trabajo puede vedarse mediante resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad, indudablemente incluye los reglamentos gubernativos base de dichas resoluciones y, por tanto, las normas que estos contengan y en que pueda fundarse aquella limitación, son lícitas, porque el artículo 4o. constitucional usa el vocablo ley en su sentido material, sin limitarlo, a su sentido formal, es decir, como norma general, vinculatoria y coactiva, sin considerar la fuente de la misma...(Amparo 2,399/955.-Zenaida de la Serna Vda. de Monroy. Informe 1955. Segunda Sala, pág. 43.)

⁹³ Este artículo ha sido reformado cuatro veces desde su promulgación.

⁹⁴ Vid. García Ramírez, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2a edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1988, págs.218-219.

⁹⁵ Entendiendo por ley la norma general y abstracta emanada del Poder Legislativo, es decir, una ley en sentido material y formal, no pudiendo vedarse, en consecuencia, el ejercicio de la libertad de trabajo por ejemplo a través de un reglamento; en el mismo sentido Castro, *op. cit.*, págs.81-82.

El párrafo tercero de este precepto dispone que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123⁹⁶, esto es, la jornada no puede ser de más de ocho horas para los mayores de edad y de seis para los mayores de catorce y menores de dieciséis.

De la lectura de este artículo concluimos que la libertad de trabajo tiene una limitante y una protección, a saber: está limitada, en cuanto a su objeto, por la licitud⁹⁷ de la actividad a desarrollar; y respecto de la protección, el trabajo sólo puede ser obligatorio y sin retribución⁹⁸ como pena impuesta por la autoridad judicial -como sería el caso de condena a trabajar determinadas horas en favor de la comunidad-, con las condiciones que la misma Constitución establece en el capítulo relativo al trabajo⁹⁹

⁹⁶ *Idem.*, pág.84.

⁹⁷ No es el Código Penal el ordenamiento que indica qué es la licitud y la ilicitud, es el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 el que da la definición legal de ilicitud al decir que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"; *vid. Gelsi Bidart, Adolfo, "Acerca de la licitud o ilicitud jurídica", Revista de la Facultad de Derecho de México, núms. 148-150, julio-diciembre de 1986, págs.121-127.* Para Hans Kelsen el acto ilícito se equipara al delito y se define como "la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho", *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 6a reimpr., UNAM-Porrúa, México, 1990, pág.125, es decir, según este autor, determinada acción u omisión son delitos o ilícitos en tanto representan una condición para que sobrevenga el acto coactivo.

⁹⁸ También llamado "trabajo penitenciario".

⁹⁹ Sobre estas limitaciones, *cfr. Ramírez Reynoso, Braulio y Márquez Romero, Raúl, "Artículo 123", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 6a edición, UNAM-III, 1994, págs.583 y ss.; en general sobre la materia laboral en la Constitución, García Ramírez, Sergio, "Consideración sobre el artículo*

2.1.1.6.2. *Protecciones en materia penal a la libertad de expresión.*

Los artículos que consagran la libertad de expresión del pensamiento¹⁰⁰: libre manifestación de ideas, el sexto¹⁰¹ y libertad de imprenta, el séptimo¹⁰², contemplan los límites a la misma dentro de los que se encuentra la provocación de algún delito o la perturbación del orden público. Para entender estas limitaciones se debe tener presente que el ejercicio de los derechos, como en la especie lo son los de libre expresión del pensamiento en forma oral o por medios escritos, no debe en ningún caso significar un menoscabo en los bienes jurídicos tutelados de otra persona, por lo que no se permite que a través de la protección de un derecho se lleve a cabo una alteración de los valores protegidos por el mismo orden jurídico.

Así pues, dispone el artículo 6o.¹⁰³ que la manifestación de ideas sólo será objeto de inquisición judicial o administrativa, en caso de que se ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público¹⁰⁴.

123 constitucional" en *75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México, 1992, págs.171-184.

¹⁰⁰ Castro, *op. cit.*, págs.113-123.

¹⁰¹ Burgos, *Las garantías...*, cit., págs.348-355.

¹⁰² *Idem.*, págs.358-374.

¹⁰³ Ha sido reformado en una sola ocasión.

¹⁰⁴ En este sentido se ha manifestado la Corte *vid.* las tesis: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. (Amparo directo 4,709/1931. Quinta época. Tomo XXXVIII, pág.224); MORAL PÚBLICA, CONCEPTO DE LA (Amparo directo 1,84/1932. Quinta época. Tomo XXXIX, pág.867 y Apéndice 1917-1954. Vol. III, pág.1259); ORDEN PÚBLICO, ATAQUE AL, CON MOTIVO DE PROPAGANDA POLÍTICA. (Amparo directo 4,70/1931. Quinta época. Tomo XXXVIII, pág. 221).

Respecto del artículo 7o.¹⁰⁵, en su primer párrafo nos interesa destacar la disposición de que en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito, lo que constituye una protección importante a la libertad de imprenta por constituirse en regla de excepción a la legislación penal del orden común, que para los demás casos dispone como sanción específica la pérdida de todo elemento material utilizado en la comisión de un delito¹⁰⁶.

El último párrafo de este artículo dispone que la legislación secundaria deberá garantizar la libertad personal de los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimientos que hayan sido denunciados por delitos de prensa, a menos que esté demostrada previamente su responsabilidad, como sería el caso del autor intelectual del escrito denunciado¹⁰⁷.

Se ha manifestado la Corte en el mismo sentido al decir que "cuando se trata de expendedores, papeleros y operarios, no basta una presunción para juzgarlos como responsables de los delitos cometidos

¹⁰⁵ Este artículo mantiene el texto original desde la promulgación de la Constitución en 1917.

¹⁰⁶ El artículo 24 del Código Penal al hacer referencia a las penas y medidas de seguridad, en su punto ocho dice, "Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito" como sanción genérica regulada en los artículos 40, 41 y 42 del mismo ordenamiento.

¹⁰⁷ Es la Ley de Imprenta, en los artículos 14, 16, 17 y 18, expedida por Venustiano Carranza antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1917 la que trata sobre la responsabilidad penal de las personas a las que se refiere en este precepto el texto constitucional.

por medio de la prensa, sino que es necesaria una demostración más completa que la prueba presuntiva"¹⁰⁸.

2.1.1.6.3. *La restricción a la libertad de movimiento.*

El derecho de libre tránsito, consagrado en la Constitución en el artículo 11¹⁰⁹, está subordinado en su ejercicio a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal, por lo que a nosotros interesa, a través de medidas tales como la prisión impuesta como pena por sentencia judicial, la detención preventiva, el arraigo, la prohibición de ir a lugar determinado, etcétera¹¹⁰.

Es esta, la libertad de tránsito, la garantía que en materia penal suele verse mayormente afectada, esto en virtud de algunos principios de derecho penal como el de evitar la sustracción del inculcado a la acción de la justicia. Es asimismo, la que principalmente se restringe al hablar del

¹⁰⁸ DELITOS DE PRENSA. Quinta época. Tomo XIV, pág.671, Amparo penal en revisión, Saucedo Miguel, 16 de febrero de 1924, mayoría 8 votos. Respecto de la autoría "El hecho de que alguien declare ser el autor del artículo denunciado como delictuoso, sólo excluye el que se considere al director del periódico, con el mismo carácter, pero no su misma responsabilidad, que puede ser en distinto grado de la del autor; y si los datos que arroje la averiguación, son bastantes para comprobar los elementos del delito. La orden de aprehensión que se libre contra el director del periódico, no es violatoria del artículo 16 constitucional" (Quinta época, Tomo XIX, pág.547, Amparo penal en revisión, Gallegos Fernando, 25 de septiembre de 1926, mayoría de cinco votos.)

¹⁰⁹ Este artículo no ha sido reformado.

¹¹⁰ RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. La restricción de la libertad, motivada por un proceso y por la prevención al reo. de no ausentarse del lugar en que el proceso se tramita, no importa una violación de garantías, pues la de la libertad personal está subordinada siempre a la responsabilidad criminal. (Quinta época, Tomo VII, amparo penal en revisión, Fernández Vda. de Castro, Enriqueta, 24 de septiembre de 1920, mayoría de 7 votos).

término privación de la libertad, como lo veremos con detalle en el transcurso de la presente investigación.

2.1.2. Principios de Derecho procesal penal

El proceso penal está regulado por la Constitución¹¹¹ por un estricto apego a la ley que enumera los principios y elementos procesales esenciales, para asegurar que se cumpla, entre otros, con la garantía de audiencia. Estos principios se refieren además a los lineamientos básicos de todo proceso, a las formalidades y requisitos que debe cubrir.

2.1.2.1. Garantía de audiencia.

La garantía de audiencia, prevista por el párrafo segundo del artículo 14, está compuesta por varios elementos: los bienes tutelados por ella son la vida, la libertad, propiedades, posesiones o derechos; y el procedimiento mediante el cual se pueden privar estos bienes, es decir, el juicio, en el caso de la materia penal, el proceso penal, el cual reporta ciertas características: debe de realizarse ante tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho (*ex ante facto*), lo que concuerda con la prohibición del artículo 13 de las leyes privativas y tribunales especiales; cumplir las formalidades del

¹¹¹ Dice Goldschmidt citado por García Ramírez: "Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.", *Derecho Procesal Penal, cit.*, pág.15.

procedimiento¹¹², lo que se conoce en la tradición sajona como el debido proceso legal (*due process of law*).

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación las formalidades esenciales del procedimiento son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, así lo dispone la siguiente jurisprudencia¹¹³:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traduce en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

2.1.2.2. Derecho de acceso a la justicia.

¹¹² Las cuales "...implican la suma de actos previstos en la ley (o que la ley debiera prever) para asegurar al justiciable el pleno ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa"., García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, pág.351.

¹¹³ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 53, mayo 1992, Pleno, 8a Época, Tesis P.LV/92, pág.34.

El artículo 17 constitucional establece el principio procesal de la heterocomposición¹¹⁴ para la solución de los litigios¹¹⁵, al proscribir la venganza privada en su primer párrafo y, estableciendo la garantía o derecho a la impartición de justicia, al declarar que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que la impartirán en los plazos y términos que fijen las leyes, rodeando a este derecho de otra serie de garantías al decir que estarán expeditos a impartirla, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial y cuyo servicio será gratuito. Asimismo, garantiza a la función judicial su independencia y la plena ejecución de sus resoluciones. Esta última declaración es importante tenerla en cuenta pues efectivamente corresponde a otra autoridad ejecutar las resoluciones judiciales, como es el caso de la pena de prisión, tema de esta investigación¹¹⁶.

Este artículo concluye que no será sujeto de pena de prisión, persona alguna, por deudas de carácter puramente civil. Esto es explicable desde el principio de intervención mínima del orden penal,

¹¹⁴ Aunque la ley reconzca figuras autocompositivas, no quiere decir que la resolución de los litigios se encuentre en las propias partes, esta es una función que la ley a determinado asignar a los tribunales, como lo desprendemos de la lectura de este artículo.

¹¹⁵ La disposición constitucional dice "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". "Este precepto de alcance general se ve atenuado por la legitimación o justificación de algunos comportamientos; así en formas vigentes de autocomposición y autodefensa, señaladamente -en el sistema penal- la legítima defensa y el estado de necesidad.", García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.336.

¹¹⁶ Es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 27, fracción XXVI, en el ámbito federal, la que señala la competencia de la Secretaría de Gobernación para crear, organizar y conducir las cárceles y establecimientos penitenciarios.

según el cual, el derecho penal y los tribunales represivos no deben intervenir sino como último recurso. A este principio se le llama también de subsidiariedad¹¹⁷. Claus Roxin¹¹⁸ lo explica del siguiente modo:

“El derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del derecho civil o del derecho público, ha de retraerse el derecho penal. En efecto, para la persona afectada cada pena significa un menoscabo en sus bienes jurídicos, de efectos que llegan no pocas veces al exterminio de la existencia, o que en cualquier caso restringen fuertemente la libertad personal. Por ello, y por se la reacción más enérgica de la comunidad, sólo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social, y la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales, en mayor medida que lo que puede ser fomentada por la conminación penal.”

2.1.2.3. Garantías de seguridad jurídica y de protección a la integridad física.

Se refuerzan con el artículo 19¹¹⁹ las garantías de las personas que se encuentran limitadas en su libertad personal, garantizando la seguridad jurídica y el respeto a su integridad física¹²⁰.

¹¹⁷ Para algunos autores la distinción entre principio de intervención mínima del orden penal y principio de subsidiariedad del Derecho penal, radica en que para el primero el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y el segundo, a que el Derecho penal y los tribunales represivos deben de ser el último recurso del Estado para resolver las controversias entre particulares.

¹¹⁸ “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del derecho penal*. Reus, Madrid, 1976, págs.21 y 22.

¹¹⁹ Este artículo ha sido reformado en una sola ocasión.

Este artículo señala primeramente que el plazo de detención ante autoridad judicial no podrá exceder de las setenta y dos horas, contando a partir de que el indiciado es puesto a su disposición¹²¹, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se deberán acreditar los elementos del tipo penal que se le impute, así como aquellos que hagan probable su responsabilidad. Si al término de este plazo no se ha recibido en el lugar de su custodia¹²² la copia del auto, se llamará la atención del juez, y si no se recibiere la constancia mencionada al cabo de tres horas deberán poner en libertad al inculcado¹²³.

Respecto de la seguridad jurídica, la Constitución establece en el segundo párrafo de este numeral que el proceso se seguirá forzosamente por el delito(s) contenido(s) en el auto de formal prisión o de sujeción a

¹²⁰ Estas dos garantías se refieren en primer lugar, a la situación jurídica en la que se encuentra la persona privada de su libertad, y en segundo lugar, para protegerle de malos tratos, intimidación o tortura.

¹²¹ Que se cuentan de momento a momento, esto es tres días naturales y de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgador, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden respectiva, lo ponga a disposición de aquél en la prisión preventiva o en un centro de salud. El encargado del reclusorio o del centro de salud asentará en el documento relativo a la orden de aprehensión ejecutada, que le presente la policía judicial, el día y hora en que recibió al detenido.

¹²² De acuerdo con el artículo 44 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, se hará cargo de advertir al juez sobre el particular, el director o el encargado del Reclusorio.

¹²³ Esta última disposición estaba contenida en la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, reformado por decreto de 3 de septiembre de 1993, por el que pasa a integrarse al artículo 19 del mismo ordenamiento.

proceso¹²⁴; persiguiéndose por separado si apareciere uno distinto, sin perjuicio de decretar posteriormente la acumulación.

Por lo que se refiere a las garantías que protegen la integridad física y la dignidad del indiciado, el párrafo tercero establece que todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

2.1.2.4. Garantías del Procesado.

El artículo 20¹²⁵ contiene las garantías de que goza el inculcado en el proceso penal¹²⁶, así como los derechos de la víctima. Con la reforma de 3 de septiembre de 1993 se modificó considerablemente el artículo 20 constitucional, entre otros; así como los códigos adjetivos, Federal y del Distrito Federal, en materia de libertad bajo caución, defensa de los derechos humanos de los inculcados, así como la

¹²⁴ Respecto de estos autos puede consultarse entre otros Rivera Silva, *El procedimiento penal*, Porrúa, 20a edición, México, 1991, págs.154-174; García Ramírez, *Derecho procesal penal, cit.*, págs.521, 539 y 540; Arilla Bas, *El procedimiento penal en México*, Kratos, 15a edición, México, 1993, págs.85-90.

¹²⁵ Ha sido reformado tres veces.

¹²⁶ Respecto de la libertad bajo caución consúltense los interesantes trabajos de Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 7a edición, Porrúa, México, 1994; *id.*, "Garantías y proceso penal. Comentario al decreto de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre de 1983", *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, Procuraduría General de la República, México, 1984, págs.673-685; *id.*, "Las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ser ampliados", *El Derecho mexicano hacia la modernidad*, III-Porrúa, México, 1991, págs.173-180.

introducción del concepto derechos de la víctima. Por lo que respecta a las garantías y derechos de los inculpados, estas pueden ser clasificadas en directas e indirectas, las primeras van dirigidas a proteger al inculpado, así como a determinar su situación jurídica; las segundas, en cambio están dirigidas a las autoridades respecto de sus actuaciones, como protección de la integridad de los presuntos responsables.

Las directas son: la libertad provisional bajo caución, se otorga cuando la ley no prohíba expresamente este beneficio, así como que se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias, el cual deberá ser asequible para el inculpado y podrá ser disminuido por el juez; se revoca por incumplimiento grave de las obligaciones del procesado. Esta institución pretende armonizar los intereses de la sociedad y los del inculpado, al no privarle de su libertad, pero al mismo tiempo asegurando que quede sujeto a la acción de los tribunales.

No podrá ser obligado a declarar¹²⁷. En nuestro actual sistema jurídico penal, la confesión ha dejado de ser la reina de las pruebas; esta deberá estar rodeada de una serie de elementos para poder ser válida, esta debe de ser rendida ante el juez o agente del Ministerio Público en presencia del defensor, de cualquier otro modo, se presumirá que ha sido obtenida en contra de la voluntad de su autor. Asimismo, esta disposición tiende a evitar cualquier acción contraria a la ley dirigida a obtener confesiones por medio de la violencia.

¹²⁷ Sobre este particular véase el interesante artículo de Ruiz-Jarabo Colmer, Damaso, "El derecho del inculpado a no declarar y a no decir la verdad", *Poder Judicial*, núm.6, marzo, Madrid, 1983, págs.27-30.

Una serie de derechos dirigidos a salvaguardar el derecho de defensa del imputado se consagran en las fracciones III, IV, V, VII y IX, estos son:

Se le hará saber dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, en audiencia pública, el nombre de su acusador y la naturaleza de la acusación, para que pueda rendir su declaración preparatoria e integrar su defensa. En este mismo periodo debe ser informado de las garantías que le otorga la Constitución, además de su derecho a una defensa adecuada, por sí mismo, por abogado o por persona de su confianza.

Su derecho de defensa se integra también con ciertas garantías que van dirigidas a la legalidad y oportunidad de los elementos probatorios, así como al careo con quienes depongan en su contra, en presencia del juez. Respecto de las pruebas y testigos, deberán facilitársele los datos que consten en el proceso para su defensa, así como auxiliarle para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite.

El inculpado tiene derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez¹²⁸ o jurado, antes de cuatro meses o un año de acuerdo con la gravedad de la pena. La publicidad del proceso busca evitar prácticas indebidas que por realizarse en secreto impidan el conocimiento público, así como la denuncia de posibles irregularidades. Respecto de la temporalidad del juicio, esta disposición atiende al deseo del

¹²⁸ Sobre la "compleja y sugerente figura que es el juez penal", véase, García Ramírez, "El juez penal y la criminología", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm.3, 1969, págs.567-603.

Constituyente de un administración de justicia expedita, que cumpla con su deber de protección a la sociedad, así como a la seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la privación de la libertad del inculpado, no podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, por responsabilidad civil o motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso, así como a que se le compute el tiempo de la detención en prisión preventiva en caso de que se le imponga la pena de prisión. Estas disposiciones tienden a limitar al mínimo necesario la privación de la libertad como medida cautelar y como pena, confirmando el carácter subsidiario del Derecho penal.

Las indirectas son aquéllas tendientes a sancionar las conductas atentatorias de los derechos de los indiciados, como es el caso de la contenida en la fracción segunda, que prohíbe y sanciona toda incomunicación, intimidación o tortura¹²⁹.

2.1.2.5. Principios sobre los plazos en el proceso penal.

El artículo 23¹³⁰ contiene tres importantes disposiciones respecto de la temporalidad del proceso penal, como garantía de seguridad

¹²⁹ Es importante destacar la relevancia que han adquirido en los último tiempos las disposiciones relativas a la protección contra los malos tratos y la tortura, y ello puede verse en la creación de organismos protectores de los derechos humanos, como son las comisiones de derechos humanos en todo el país, las que tienen especial injerencia en tratándose de casos de incomunicación, intimidación o tortura; así como la promulgación de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura de 27 de diciembre de 1992.

¹³⁰ Este artículo no ha sido reformado.

jurídica. Estas están expresadas en el texto constitucional como prohibiciones, y atienden a la necesidad de llevar a cabo el proceso en un plazo razonable y fundamentalmente a delimitar su acción temporal, impidiéndose con esto, la eterna permanencia de procesos penales abiertos indefinidamente. Se resumen de la siguiente forma:

a) Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias, de donde se entiende que los procesos penales deberán ser resueltos definitiva e irrevocablemente en la tercera instancia;

b) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, expresada con el aforismo *ne bis in idem*, el cual supone que una persona ha sido juzgada y condenada o absuelta a través de sentencia firme e irrevocable;

c) Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. Con esta prohibición se evita mantener indefinidamente abierto el proceso por falta de pruebas suficientes, ya para absolver o para condenar. Situación que podemos explicar desde la óptica del principio de presunción de inocencia, según el cual una persona es inocente hasta que se prueba plenamente su culpabilidad¹³¹, por lo que un proceso donde no se ha probado plenamente la culpabilidad del imputado no puede permanecer

¹³¹ Si bien es cierto que no existe expresamente consagrado en la Constitución (en realidad, el texto constitucional dispone un tratamiento exactamente inverso que es la presunta responsabilidad), su tratamiento puede inferirse de diversas disposiciones, como lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, al prevenir que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para hacer probable la responsabilidad del acusado. En todo caso, el tratamiento constitucional es en el sentido de la presunción de inocencia, al tratarle de probable o presunto responsable, imputado, indiciado o inculcado y en ningún caso de culpable o responsable al sujeto juzgado. La legislación secundaria sí prevé este tratamiento, *vid.* art. 247 del CPPDF).

indefinidamente abierto, debiendo proceder a la absolución, atendiendo al principio de *in dubio pro reo*¹³².

2.1.2.6. Persecución de los delitos y ejercicio de la acción penal.

El artículo 21¹³³ establece la imposición de las penas¹³⁴ y la persecución de los delitos, facultando exclusivamente a la autoridad judicial para imponer aquellas y dejando al Ministerio Público y a la policía judicial, bajo el mando de aquél, perseguir éstos. Comprende los principios *nemo iudex sine actore* y *nulla poena sine iudicio*.

Es necesario aclarar que en relación a la imposición de penas, ésta sólo puede ser producto, de acuerdo con los artículos 14 y 16 constitucionales, de juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que resuelvan a través de sentencia condenatoria debidamente fundada y motivada la imposición de las mismas.

La imposición de las penas como consecuencia de la imputación y responsabilidad de un hecho delictuoso no es mero ejercicio potestativo del juez, sino garantía de justicia, tanto para el procesado como para la víctima, así como para la sociedad en general.

¹³² En este mismo sentido se manifiesta Rodríguez y Rodríguez, para quien es precisamente la prohibición de absolver de la instancia "donde encuentra cabida, implícitamente, el principio de presunción de inocencia; conforme al cual toda persona inculpada se reputa inocente mientras no se demuestre lo contrario, y que, en caso de duda, no procede otra cosa que su absolución". Artículo 23, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, cit., pág.107.

¹³³ Ha sido reformado en una sola ocasión.

¹³⁴ *Vid.*, artículo 24 del Código Penal.

Importante resulta sin duda el párrafo segundo del artículo 102¹³⁵ constitucional que faculta al Ministerio Público¹³⁶ de la Federación¹³⁷, para la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal, autorizándole en exclusiva a solicitar las órdenes de aprehensión; a buscar y a presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculcados; a pedir la aplicación de las penas, etcétera.

La función persecutoria que le ha sido asignada al Ministerio Público implica dos clases de actividades: la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal.

Perseguir los delitos significa -de acuerdo con Manuel Rivera Silva-, buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones

¹³⁵ Se ha reformado en tres ocasiones.

¹³⁶ El primer párrafo del apartado A (en relación con el primer párrafo del artículo 21), dispone que la ley organizará al Ministerio Público de la Federación; semejante disposición encontramos en el artículo 124.1 de la Constitución española, respecto de sus diferencias y semejanzas en el trato constitucional, *vid.*, Fix Zamudio, Héctor, "Presente y futuro constitucional del organismo judicial y del Ministerio Público en México y España", VV.AA, *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, IJ-UNAM, México, 1979, págs.327-384; *id.*, "La función constitucional del Ministerio Público", *Anuario Jurídico V-178*, IJ-UNAM, México, 1979, págs.145-195; García Ramírez, "Reflexiones sobre el Ministerio Público: presente y futuro", *Estudios jurídicos en memoria de Alfonso Noriega Cantú*, Porrúa, México, 1991, págs.189-223; Castro, Juventino V., *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 7a edición, Porrúa, México, 1990; para el caso español: Gimeno Sendra, José Vicente, "El Ministerio Fiscal y la Constitución: su naturaleza jurídica", *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, "Derecho penal y Constitución", *cit.*, págs.327-335. Respecto del ejercicio de la acción penal, *vid.*, Castillo Soberanes, Miguel Angel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, IJ-UNAM, México, 1992.

¹³⁷ El fundamento constitucional del Ministerio Público del Distrito Federal se encuentra en la fracción VIII, del artículo 122.

pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley¹³⁸.

Estos elementos no serán otros más que los que acrediten la existencia de los elementos del tipo penal y hagan probable la responsabilidad de quien se acusa como autor de la conducta punible.

Esta actividad investigadora es presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal, al través de la cual se hace valer la pretensión punitiva, es decir, el derecho concreto al castigo. Tiene ciertas características a saber: es autónoma, pública, indivisible, irrevocable, de condena y única¹³⁹.

El ejercicio de la acción penal tiene determinados presupuestos de rango constitucional, a saber: a) la existencia de un hecho que la ley tipifique como delito, b) la correspondiente denuncia, acusación o querrela del mismo, ante el Ministerio Público, c) la existencia de datos que acrediten los elementos del tipo penal de que se trate y de la probable responsabilidad del inculcado.

2.1.2.7. Principio de legalidad en materia de faltas administrativas.

¹³⁸ *Op. cit.*, pág.41.

¹³⁹ *Vid.* García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., págs.201-206; para Fernando Arilla Bas, la acción penal es: pública, única, indivisible, intrascendente, discrecional y retractable, cfr. *El procedimiento penal en México*, cit., págs.20-21.

La aplicación de sanciones por infracciones de reglamentos gubernativos o de policía, consistentes en multa o arresto de hasta treinta y seis horas, competencia de la autoridad administrativa¹⁴⁰.

Finalmente, por lo que toca a esta disposición, respecto de las sanciones administrativas, nos interesa la figura del arresto -que veremos más adelante-, desde el punto de vista de restricción de la libertad personal, excluyente con la multa y que sin embargo puede permutarse con aquélla en caso de que el infractor no pudiere cubrir el monto de la misma.

2.1.2.8. Reserva de jurisdicción.

El artículo 104¹⁴¹ establece la competencia de los tribunales federales para conocer de los delitos previstos en leyes federales¹⁴² o en los tratados internacionales celebrados por México; así como el recurso de apelación ante el superior inmediato del juez que conozca de la causa en primera instancia.

El fundamento jurídico del amparo directo en materia penal se encuentra previsto en el inciso a) de la fracción V del artículo 107 de la

¹⁴⁰ Esta materia es competencia local, el fundamento constitucional de esta facultad atribuida a los ayuntamientos es el párrafo segundo, de la fracción II, del artículo 115; en el Distrito Federal el inciso g), de la fracción IV, del artículo 122, faculta en este sentido a la Asamblea de Representantes del D. F.

¹⁴¹ Se ha reformado en seis ocasiones.

¹⁴² Respecto de los tipos penales contenidos en las leyes federales pueden consultarse: *Ordenación de los delitos contenidos en leyes federales y compilación de textos legales correspondientes*, Procuraduría General de la República, México, 1989; *Mancilla Ovando, Jorge Alberto, Examen de constitucionalidad de diversas leyes federales que consagran delitos*, Porrúa, México, 1993.

constitución, el cual trataremos en el capítulo relativo a la protección de la libertad individual.

2.1.2.9. Extradición.

El procedimiento de extradición¹⁴³ de indiciados, procesados o sentenciados que contempla nuestra Constitución en su artículo 119¹⁴⁴, el cual incluye el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito; está previsto en su segundo párrafo, en tratándose de requerimientos de entidades federativas. Así como la extradición a petición de Estado extranjero contemplada en el tercer párrafo, en la cual se prevé un supuesto distinto al término de la detención, de hasta sesenta días. Su fundamento -nos dice Rodríguez Devesa-, está en la solidaridad de los Estados y en la necesidad de superar las limitaciones que impone a la persecución y castigo de los delitos el principio de territorialidad, que, como sabemos, impide aplicar la ley penal a hechos ocurridos fuera del país en que ha buscado refugio el delincuente. En definitiva, es un acto de auxilio jurisdiccional¹⁴⁵.

¹⁴³ "La extradición es 'el acto por el cual un Gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al Gobierno de otro país que lo reclame por razón de delito para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuestas", Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, I, cit., pág.260. Rodríguez Devesa, cit., pág.238; vid., García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., págs.854 y ss.

¹⁴⁴ Se ha reformado dos veces.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, pág.238; vid. Jimenez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., págs.885 y ss.

Es necesario mencionar la relación de esta disposición con el artículo 15¹⁴⁶ de la misma Constitución, que es una excepción al principio de extradición, el cual prohíbe los tratados de extradición de reos políticos, así como de delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos.

Este precepto permite una modalidad del llamado "derecho de asilo" de los perseguidos políticos y, reafirma el derecho de libertad consagrado en el artículo 2, al impedir que los extranjeros que han alcanzado su libertad por el hecho de entrar en territorio nacional, vuelvan a la condición de esclavos que tenían anteriormente.

La prohibición del artículo 15 está específicamente dirigida al Presidente de la República y al Senado¹⁴⁷ que, de acuerdo con los artículos 89 fracción X y 76 fracción I, son los órganos estatales encargados de firmar y ratificar los tratados internacionales¹⁴⁸.

¹⁴⁶ No se ha reformado.

¹⁴⁷ Decimos específicamente, porque se entiende que primeramente, para que se pueda producir la extradición entre Estados, deben de existir los convenios de acuerdo con los cuales ejecutarla. Sin embargo esta prohibición se extiende al tribunal que conoce de la solicitud, al órgano que la tramita y a la cancillería que la concede o niega.

¹⁴⁸ Burgoa, Ignacio, *Las garantías...*, cit., pág.579-580; "En materia de extradición tienden a afirmarse una serie de principios que operan a modo de postulados informadores de los Tratados y leyes de extradición, aunque su vigencia no sea pacífica y den lugar a controversias. Unos principios se refieren a los delitos y otros a los delincuentes. También, *humanitatis causa*, se acostumbra a formular reservas sobre la pena de muerte y las garantías procesales". "Principios relativos a los delitos.-Rigen, en este orden, los principios de legalidad, identidad y especialidad, y los de no entrega por delitos políticos o militares, así como la máxima *minima non curat praetor*". Principios relativos a los delincuentes.-Respecto a los delincuentes rige el principio de no entrega del nacional. Principios relativos a la pena.-Garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes. Garantías

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Respecto de su ubicación en el mundo normativo, Rodríguez Devesa nos dice:

"Este tema corresponde en realidad al Derecho internacional público, puesto que de relaciones entre Estados se trata. También interesa al Derecho procesal, porque aquí nace un procedimiento especial. En uso, sin embargo, de muchos escritores incluirlo también en el Derecho penal por las conexiones que guarda con él, pues la efectividad de las normas penales en el ámbito espacial depende de que el delincuente se halle a disposición de los tribunales nacionales, lo que a veces no es posible si no media la extradición"¹⁴⁹.

2.1.2.10. Otras disposiciones de Derecho procesal penal

Vale la pena citar algunas de las cuestiones relativas al derecho penal adjetivo que nuestra Constitución contempla y que a continuación veremos someramente.

2.1.2.10.1. Régimen especial de responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

Respecto del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos¹⁵⁰, tenemos al artículo 111¹⁵¹ que se refiere a acusaciones de tipo penal; este artículo en relación con los siguientes: 108, 109 y 114¹⁵².

procesales.-No se entregará, cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un tribunal de excepción. Rodríguez Devesa, *op. cit.*, págs.241 y ss.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, pág.238

¹⁵⁰ Ver al respecto la obra de Raúl F. Cárdenas, *La responsabilidad de los servidores públicos*, Porrúa, México, 1982; González Bustamante, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, Botas, México, 1946.

¹⁵¹ Se ha reformado cinco veces.

¹⁵² Estos artículos han sido reformados (cada uno) en sólo una ocasión.

Este régimen especial de inmunidad procesal establece que no se podrá proceder penalmente contra los servidores públicos que la misma Constitución señala, sino mediante declaración de procedencia de la Cámara de Diputados.

Una vez que la Cámara de Diputados ha resuelto sobre si ha lugar a proceder contra el inculpado se le pondrá a disposición de las autoridades competentes, bajo las leyes y procedimientos aplicables, de igual forma se impondrán las sanciones.

Debemos distinguir la inmunidad de la inviolabilidad, al decir que la segunda se constituye como una verdadera impunidad de derecho sustantivo, mientras que la inmunidad consiste en un obstáculo procesal para el enjuiciamiento ordinario, que en tratándose de la persecución penal de los funcionarios que la propia Constitución declara inmunes es necesario que previamente se celebre el "antejuicio" de declaración de procedencia.

2.1.2.10.2. *Suspensión de derechos o prerrogativas de los ciudadanos.*

El artículo 38¹⁵³ prevé en sus fracciones II, III y V, a propósito de la restricción a la libertad personal, la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos contenidas en el artículo 35; por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; durante la extinción de una pena corporal; y, por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la sanción penal. De donde

¹⁵³ No ha sufrido reforma alguna.

concluimos que la suspensión de los derechos de los ciudadanos se dan como consecuencia natural de la restricción de la libertad personal, dada la imposibilidad no sólo legal, sino material de ejercerlos¹⁵⁴. A este respecto, Andrade Sánchez comenta:

Es entrándose de la situación de prófugo de la justicia que este supuesto implica una conducta delictuosa y antisocial, por lo que el comportamiento propio de un fugitivo no es compatible con las conductas que un ciudadano común y corriente debe realizar públicamente para el ejercicio cabal de sus prerrogativas o derechos¹⁵⁵.

2.1.2.10.3. *Organismos protectores de los derechos humanos.*

También es importante, destacar el apartado B¹⁵⁶ del artículo 102 por contemplar la creación de organismos de protección de los derechos humanos que en nuestro país encabeza la Comisión Nacional de los Derechos Humanos¹⁵⁷.

¹⁵⁴ "Así pues, partiendo de la idea que la pena de cualquier tipo que ésta sea, representa siempre el sacrificio de un número más o menos amplio de derechos subjetivos, se debe llegar a la conclusión fundada, que todos aquellos derechos del individuo, que no forman parte del contenido de la pena, se les deben ser reconocidos, no obstante su estado detentivo, es decir, no obstante se trate de una persona privada de su libertad", Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho de Ejecución de Penas*, 2a edición, Porrúa, México, 1985, pág.66.

¹⁵⁵ Artículo 38, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, cit., págs.172-173.

¹⁵⁶ Insertado por la reforma de 28 de enero de 1992.

¹⁵⁷ *Vid.*, Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, cit.; Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, V.V.A.A., *El ombudsman judicial*, CNDH, México, 1993; Armienta Calderón, Gonzalo M., *El ombudsman y la protección de los derechos humanos*, Porrúa, México, 1992; Fix Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid, 1982; Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*,

2.1.3. Principios de Derecho ejecutivo penal

Los principios que regulan el derecho de ejecución de penas¹⁵⁸ no son escasos en nuestra Constitución, ya hemos visto algunos de ellos en los artículos a los que anteriormente hemos hecho referencia. Es respecto del Derecho penitenciario que nuestra Carta Magna establece específicamente los lineamientos de la ejecución de la pena de prisión. Los artículos que tratan exclusivamente sobre la organización del régimen penitenciario se analizarán en el siguiente subtema, por rebasar la necesidad de profundidad del presente apartado, por lo en él sólo nos limitaremos a los artículos que de manera colateral interesan a propósito de la privación de la libertad.

2.1.3.1. Características de las penas.

UNAM-CNDH, México, 1991; Terrazas, Carlos R., *Los derechos humanos y las sanciones penales en México*, Cuadernos INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1989, V.V.A.A., *Cárcel y derechos humanos*, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 1992; Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, UNAM, México, 1981; V.V.A.A., *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, IJ-UNAM, México, 1992.

¹⁵⁸ "Derecho ejecutivo penal es el conjunto de normas jurídicas que se encuentran insertas en diferentes disposiciones legislativas o reglamentarias, que tienen por objeto regular el Estado restrictivo de la libertad personal, sea en el ámbito de un establecimiento carcelario creado para tal efecto; o bien, una vez que el individuo ha cumplido parte de su pena y se encuentre en libertad.", Ojeda Velázquez, *op. cit.*, pág.3.

De la lectura del artículo 22 podemos deducir a *contrario sensu* las características de las penas que pueden ser impuestas por la autoridad judicial y que hablan del sentido humanitario del sistema de sanciones consagrado en nuestra Constitución. Por lo que adelantando un poco el espíritu del artículo 18 que establece la readaptación social como finalidad de las penas privativas de libertad, tenemos dos vertientes respecto de las penas en el orden jurídico mexicano, el humanista y el readaptador. La enumeración que hace el texto constitucional no es limitativa sino meramente ejemplificativa.

Podemos hablar de una clasificación como sigue. Están proscritas, por tanto, las penas que recaen sobre el cuerpo: la mutilación, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie. Las penas contra la dignidad: la infamia. Las sanciones económicas: la multa excesiva y la confiscación de bienes, distinta del embargo y del decomiso de bienes, que opera únicamente en caso de enriquecimiento ilegítimo, en los términos del artículo 109 de la misma Constitución.

En general, termina prohibiendo la Constitución cualquiera otras penas que sean inusitadas y trascendentales. De acuerdo con la opinión de la Suprema Corte, las penas inusitadas son aquéllas que no se encuentran comprendidas dentro del catálogo contenido en el artículo 24 del Código Penal, el cual no comprenden ninguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución, como lo demuestra la siguiente tesis jurisprudencial¹⁵⁹:

“El Congreso Constituyente de 1857 comprende entre las penas prohibidas aquellas que no se han aplicado en determinado lapso, atendiendo preferentemente a lo inhumano, cruel e infamante de las mismas, contrario a

¹⁵⁹ Suprema Corte, Primera Sala 7/58/1a.

los principios que caracterizan a las penas en los tiempos modernos, de ser morales, personales, divisibles, reparables y ejemplares. Esto significa que el concepto de inusitado no tiene un valor absoluto y que hace referencia a un punto de comparación refiriéndose a lo que no se usa.”

Para Carrancá y Trujillo, por pena trascendental se entiende la que trasciende (va más allá) de la persona responsable de un delito en cualquiera de las formas de participación, a quien no lo es¹⁶⁰. Asimismo, la Suprema Corte explica el término de penas trascendentales de la siguiente manera¹⁶¹:

“Se entiende que son trascendentales aquellas penas que pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños no incriminados, pero no las que derivan de los posibles trastornos que puedan sufrir los familiares de los reos con motivo de la reclusión que éstos sufran, pues con ese criterio todas las penas resultarían trascendentales ya que en una u otra forma y en mayor o menor grado afectan a los allegados de los sentenciados.”

Respecto de la pena de muerte, ha sido expresamente prohibida tratándose de delitos políticos y únicamente podrá imponerse -cuando así lo prevé a la ley secundaria y como resultado de un proceso, de acuerdo con los artículos 14 y 16 constitucionales-, al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar¹⁶². Sin embargo, la ley secundaria no

¹⁶⁰ *Código Penal anotado*, 15a edición, Porrúa, México, 1990, pág.53.

¹⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LVI, pág.1121.

¹⁶² "Como se observa, innumerables conductas delictivas jamás podrán ser sancionadas con pena de muerte -salvo las específicamente enumeradas-, y ni el legislador federal ni el común podían incluir dentro de sus disposiciones penales esta sanción, que atenta contra lo que se ha considerado el valor supremo de la persona humana, del cual sólo en forma excepcional puede disponer el poder público.", Castro, *op. cit.*, pág.38.

hace referencia, en ningún momento, a la aplicación de la muerte como pena, por lo que los supuestos contemplados por la Constitución no son aplicables, excepto en lo relativo al orden militar.

2.1.3.2. Indulto.

El artículo 89¹⁶³ en su fracción XIV, faculta al Presidente de la República a conceder el indulto a los reos sentenciados¹⁶⁴ por delitos federales y a los sentenciados por delitos del orden común en el Distrito Federal¹⁶⁵.

El indulto otorgado consiste en el perdón por parte del Ejecutivo, y es una forma de extinguir la sanción; Tena Ramírez define al indulto como "la remisión que hace el Ejecutivo de una pena impuesta en sentencia irrevocable"¹⁶⁶. Para Jorge Carpizo, "el indulto no es un acto de gracia o un acto personal del presidente, sino que forma parte del sistema constitucional: es un instrumento extraordinario por medio del cual la sociedad es mejor servida con la concesión de éste, el cual se debe otorgar conforme a lo que marca la ley; en este caso, el Código Penal..."¹⁶⁷. El indulto, según este último autor, debe ser de carácter

¹⁶³ Este artículo se ha modificado en diez ocasiones.

¹⁶⁴ Implica, en efecto, el indulto la calidad de reo sentenciado por resolución firme e irrecorrible; véase a este respecto Arranz Alonso, Gregorio, "El indulto y la política penitenciaria", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 197, abril-junio, Madrid, mayo 1972, págs.339-385.

¹⁶⁵ Fix-Zamudio, Héctor, "El ejecutivo federal y el poder judicial" en *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, UNAM-III, México, 1988, págs.313-315.

¹⁶⁶ *Derecho constitucional mexicano, cit.*, pág.474.

¹⁶⁷ *El presidencialismo mexicano*, 9ª edición, Siglo XXI, México, 1989, pág.188.

absoluto, es decir, no puede conmutar la pena por una menor¹⁶⁸, y no puede otorgarse en sentencias recaídas por delitos cometidos por funcionarios públicos durante el ejercicio de su encargo según el párrafo séptimo del artículo 111 constitucional¹⁶⁹.

2.2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENITENCIARIO. EL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

El sistema de restricciones a la libertad personal en el sistema penal mexicano se organiza, de acuerdo con el artículo 18¹⁷⁰ constitucional, de la siguiente manera, estableciendo clasificaciones y principios.

Al lado de la garantía penal y de la garantía jurisdiccional, existe otra garantía, igualmente importante, que es la garantía de ejecución de las penas¹⁷¹, que se explica de la siguiente forma: la pena, determinada en la ley e impuesta en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente, no puede ser ejecutada en forma distinta que la precisada por la ley y los reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los

¹⁶⁸ *Idem.*, pág.189.

¹⁶⁹ Cfr. Orozco Henríquez, J. Jesús, "Artículo 111" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, cit., pág.515-519, especialmente 516.

¹⁷⁰ Este artículo ha sido reformado en dos ocasiones.

¹⁷¹ "La garantía ejecutiva, significa que la ejecución de las penas y medidas de seguridad no ha de quedar abandonada al libre arbitrio de la autoridad penitenciaria, o de la administración, sino que habrá de practicarse con arreglo a lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones legales.", Cuello Calón, *La moderna penología*, cit., tomo I, pág. 10.

expresados en su texto¹⁷². A esta garantía hace referencia el artículo 18 constitucional.

2.2.1. Prisión.

Existen -primer párrafo- dos regímenes de prisión, la prisión preventiva y la pena de prisión. La primera es motivada por delito que merezca pena corporal¹⁷³ y la segunda producto de una sentencia condenatoria. Serán ejecutadas en lugares distintos y completamente separados.

2.2.2. Sistema penitenciario.

De acuerdo con el segundo párrafo existe en la República un doble sistema penitenciario, desde el punto de vista del ámbito espacial de aplicación de la ley penal; el federal, para los delitos de que conocen los tribunales de la federación, y el local, para los delitos del fuero común en cada uno de los Estados y en el Distrito Federal.

2.2.3. Readaptación social.

¹⁷² Landrove Díaz, *op. cit.*, pág.19.

¹⁷³ El artículo 16, reformado por decreto de 3 de septiembre de 1993, al hablar de la prisión preventiva, se refiere a la sanción del delito como pena privativa de libertad, abandonando el término de pena corporal que entonces comprendía no sólo a la pena privativa, sino también a la pena de muerte.

La base de nuestro sistema penitenciario¹⁷⁴, ya federal o local, está cimentada en la readaptación social del delincuente a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Este tema lo abordaremos ampliamente en el capítulo II de la tercera parte, cuando veamos lo relativo al sistema progresivo-técnico y al sistema y régimen penitenciario mexicano.

2.2.4. Clasificación penitenciaria.

Siguiendo con el segundo párrafo, las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. La Constitución establece para el régimen de la privación de la libertad, atendiendo a la prisión como pena y como medida cautelar, como lo mencionamos líneas arriba; así como régimen especial para el tratamiento de los menores infractores.

2.2.5. Menores infractores.

Las instituciones para el tratamiento de menores infractores¹⁷⁵ serán establecidas por la Federación y por los Estados¹⁷⁶.

¹⁷⁴ "Entendido en una amplia acepción, comprensiva de todos los instrumentos para la aplicación de sanciones privativas de libertad, y no sólo de la prisión en sentido riguroso. Así, se da entrada tanto a la colonia y al campamento penales como al establecimiento abierto.", García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1967, pág.5.

¹⁷⁵ "Al definir la competencia de los órganos llamados a enjuiciar a los menores, es preciso advertir que si éstos han salido del Derecho penal, según las afirmaciones que en su hora suscribieron Dorado Montero y Garçon, no los recoge ya la garantía de legalidad bajo el concepto riguroso del *nullum crimen sine lege*; esto,

2.2.6. Ejecución extraterritorial de la sentencia.

Respecto del traslado de reos, este se puede dar de acuerdo con el párrafo quinto en el ámbito internacional. Según el párrafo tercero, los gobiernos de los Estados podrán firmar convenios con el gobierno federal para que reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

El traslado internacional se llevará a cabo en dos sentidos: en tratándose de reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, los que podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas. Y en el caso de los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, del fuero común en el Distrito federal y de reos del orden común sentenciados en los Estados que con apoyo en las leyes locales soliciten la inclusión de los reos en los tratados internacionales que para el efecto se celebren, podrán ser trasladados a su país de origen o residencia, siempre con el consentimiento expreso de los reos.

considerando, sobre todo, que la noción generalizada acerca de la inimputabilidad de los menores implica que éstos no delinquen, en el sentido de los sujetos capaces de Derecho penal, y que no se les imponen, por lo tanto, verdaderas penas. De ahí que no sea aplicable en este punto el imperativo del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, pues no se trata, con respecto a menores imputables, de juicios del orden criminal.", García Ramírez, *Derecho procesal penal, cit.*, pág.825.

¹⁷⁶ La ley reglamentaria de esta disposición es la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de 24 de diciembre de 1991, que tiene como antecedente a la Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores de 1974.

Las breves referencias que hemos hecho en relación con los artículos comentados dejan constancia del espíritu humanista de nuestra filosofía penal constitucional que cumple ampliamente las expectativas del Estado mexicano, quien en exclusiva detenta el poder-deber de juzgar y castigar. Establece al mismo tiempo nuestra Carta Magna las disposiciones esenciales de control y procedimiento de las autoridades en esta materia, limitando así la actividad persecutora, juzgadora y punitiva del Estado, garantizando el Estado de derecho y las libertades del hombre, sin descuidar la acción protectora de la sociedad al través de la seguridad¹⁷⁷.

Los principios que hemos podido desprender del texto constitucional revelan las características de un derecho penal democrático con una bien marcada función preventiva de la pena como protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, en el que además se establece la estricta sujeción al principio de legalidad, y en el que se pretende no sólo servir a la mayoría y defenderla de los delincuentes, sino también respetar y atender a quien ha delinquido, ofreciéndole alternativas a su comportamiento criminal.

¹⁷⁷ En el mismo sentido la Constitución española, "...conciliar el Estado intervencionista (Estado social de Derecho), con el Estado de Derecho, como hace nuestra Constitución limitando el tratamiento de los delincuentes, como el de los hombres libres, mediante el respeto a las libertades fundamentales y de la voluntad del propio interesado en la aplicación de los correspondientes métodos.", Bueno Arís, Francisco, "Los principios constitucionales y el Derecho penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, número 1, 1991, pág.118.

Asimismo, es importante destacar la concepción de la ejecución de las penas que no persigue la imposición de un determinado sistema de valores, sino únicamente ampliar las posibilidades de elección del condenado.

Son además estos principios reglamentados por los ordenamientos que a continuación mencionamos, los cuales iremos citando a lo largo de este trabajo y que en suma constituyen las reglas a seguir en cuanto a la restricción de la libertad de las personas, como garantía de legalidad y como mandato a las autoridades de la ley.

2.3. FUENTES DEL DERECHO PENITENCIARIO

Nos adherimos a la corriente doctrinal¹⁷⁸ que considera al Derecho penitenciario disciplina autónoma¹⁷⁹ y por lo tanto es necesario hablar, siquiera someramente, de las fuentes que regulan a esta rama del Derecho¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Marcó del Pont, Luis, *Derecho penitenciario*, Cárdenas Editores, primera reimpresión, México, 1991; Bernaldo de Quiros, Constancio, *Lecciones de Derecho penitenciario*, Imprenta, Universitaria, México, 1953; Malo Camacho, Gustavo, *Manual de Derecho penitenciario*, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría de Gobernación, México, 1976.

¹⁷⁹ "La autonomía es científica y legislativa. La primera se funda en el desarrollo que los estudiosos de la materia le han brindado y la segunda, en la extensa legislación especial que existe al respecto...", Marcó del Pont, *Derecho penitenciario*, cit. pág.16.

¹⁸⁰ Sobre la doctrina como fuente del derecho *vid.* García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 40a edición, Porrúa, México, 1989, pág.76-77.

En general, por fuente del Derecho se pueden entender aquellos mecanismos a través de los cuales una norma jurídica puede integrarse válidamente dentro de un ordenamiento determinado¹⁸¹.

En el caso del Derecho penitenciario las fuentes que lo regulan son, por lo que se refiere a las normas generales y abstractas: la Constitución, la ley, los reglamentos, los tratados y los acuerdos internacionales; así como diversas normas de carácter administrativo como planes, programas, acuerdos, circulares, etcétera, igualmente son fuente del Derecho penitenciario la norma individualizada y concreta, la sentencia.

Para Rodríguez Devesa:

"...la ley penal se integra con múltiples preceptos no siempre encaminados a la creación de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad. Allí donde no tropecemos con el obstáculo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la teoría general de las fuentes del derecho recobra su imperio... y es necesario hablar también, como fuentes del derecho penal, de la analogía y la costumbre¹⁸²".

Respecto de las normas que dispone la Constitución en esta materia hemos hecho ya breve referencia.

¹⁸¹ Cfr. Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes de Derecho*, tomo I, Madrid, 1991; Bobbio, Norberto, *op. cit.*, págs.170-173; entre otros; "La doctrina de las fuentes del derecho penal descansa en la teoría general de las fuentes del derecho", Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág.65; "En nuestra disciplina la doctrina sobre las fuentes tiene carácter excepcional. Si en otros dominios jurídicos la ley ocupa el primer lugar, pero cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicarán las costumbres del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho; en lo criminal no cabe recurrir a ninguna otra fuente, al menos en lo que se refiere a definición de delitos y determinación de penas.", Antón Oneca, *Derecho penal, cit.*, pág.107.

¹⁸² Rodríguez Devesa, *op. cit.*, págs.253 y ss.

La legislación secundaria en esta materia ha sido fecunda y denota el interés del legislador por garantizar el respeto a los derechos que él mismo ha reconocido en la persona del interno.

Esta legislación ha sido producto, en ocasiones, de la práctica de la tarea cotidiana en los centros de reclusión, y en otras, no pocas, como reacción contra ella, y se encuentra vigente gracias al esfuerzo de voluntades valiosas que han visto en aquellos privados de su libertad, sólo eso, hombres y mujeres limitados únicamente en su libertad personal tan seres humanos como el que más.

La completan además diversas disposiciones relativas a la detención, a la ejecución de la orden de aprehensión, al arresto administrativo y en fin a todas aquellas figuras de nuestra legislación relativas a la privación de la libertad personal.

Es además importante destacar la aportación de los congresos, seminarios y ciclos de conferencias sobre el Derecho penitenciario como son los seis congresos nacionales penitenciarios que se celebraron en nuestro país entre los años 1932 y 1976. Si bien estas reuniones de carácter académico no son fuentes formales del derecho penitenciario, hay que reconocer que sí son fuentes reales, ya que al constituir parte de la doctrina penal mexicana sirven para inspirar la labor normativa y decisoria de jueces y legisladores en esa materia¹⁸³.

También hay que destacar la elaboración y ejecución de diversos planes y programas gubernamentales relacionados directamente con el

¹⁸³ Vid. García Ramírez, "Los Congresos Nacionales Penitenciarios", *Manual de Prisiones*, 3a edición, Porrúa, México, 1994, págs.437-445.

trabajo en las prisiones. A este respecto cabe mencionar algunos de los que han sido llevados a cabo en los últimos tiempos:

- Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, Presidencia de la República.
- Censo Nacional Penitenciario 1990-1991, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección, Protección y Readaptación Social.
- Programa Nacional Penitenciario 1989-1994. Presidencia de la República.
- Programa de Otorgamiento de Libertades Anticipadas 1993-1994. Secretaría de Gobernación
- Programa Nacional de Infraestructura Penitenciaria 1993-1994. Secretaría de Gobernación.
- Programa de Capacitación Penitenciaria

2.3.1. Leyes, reglamentos, acuerdos y decretos

Además de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debemos atender en esta materia a las siguientes disposiciones.

- Código penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. *D.O.* del 14 de agosto de 1931 y sus reformas.
- Código Federal de Procedimientos penales. *D.O.* del 30 de agosto de 1934 y sus reformas.
- Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal. *D.O.* del 29 de agosto de 1931 y sus reformas.
- Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados. *D.O.* del 19 de mayo de 1971 y sus reformas.

- Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura. *D.O.* del 27 de diciembre de 1991 y sus reformas.
- Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia Federal. *D. O.* del 24 de diciembre de 1991.
- Ley de extradición internacional. *D.O.* del 29 de diciembre de 1975 y sus reformas.
- Reglamento de la Colonia Penal Federal de las Islas Mariás. *D.O.* del 17 de septiembre de 1991.
- Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social. *D.O.* del 30 de agosto de 1991.
- Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal. *D.O.* del 20 de febrero de 1990.
- Reglamento del Patronato para la reincorporación social por el empleo en el Distrito Federal. *D.O.* del 23 de noviembre de 1988.
- Reglamento de Visitas a los Centros Federales de Readaptación social. *D.O.* del 25 de abril de 1994.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. *D.O.F.* del 29 de diciembre de 1979 y sus reformas.
- Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. *D.O.F.* del 12 de diciembre de 1983 y sus reformas.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación

2.3.2. Normas y otras disposiciones internacionales

Las garantías que protegen a aquellos sujetos que se ven limitados en el ejercicio de la libertad personal, se han visto reforzadas, en no pocos casos, por ser objeto de pactos, convenios y declaraciones internacionales

que al constituirse en obligatorios por disposición del legislador facilitan su ejercicio, protegiendo por partida doble a los beneficiarios¹⁸⁴.

Esta práctica estatal -ejecución de la pena de prisión-, interesa profundamente en el ámbito internacional. Se ha dicho que el grado de desarrollo de un pueblo se mide por el estado de sus prisiones, es por ello que los Estados han convenido en diversos instrumentos las reglas y normas a las que deberá sujetarse la restricción de la libertad de las personas, como garantía de respeto a los derechos humanos¹⁸⁵.

Estas disposiciones de carácter internacional¹⁸⁶ se refieren, entre otras cosas, a la protección y respeto de los derechos humanos, a los lineamientos bajo los cuales se puede privar de la libertad, al cumplimiento extraterritorial de las sentencias, a la extradición, etcétera.

¹⁸⁴ "...Por la cooperación de los diversos estados, va surgiendo una legislación penal, creada por acuerdos y tratados internacionales, que es idéntica en todos los países civilizados, creándose así, y por otros conductos (copia o imitación de las leyes de otros países), un derecho penal cuyos preceptos son comunes, formación jurídica que ya se denomina Derecho penal internacional.", Cuello Calón, *Derecho penal*, cit., pág.18.

¹⁸⁵ Respecto de la humanización de las penas y de la ejecución de la pena de prisión en particular, en el ámbito internacional -nos dice García Ramírez-, al igual que en el constitucional, aparecen sobrepuestos dos órdenes de normas, ambos estampados, empero, de una sola vez; la sobreposición, es de ideas penológicas y en ella se trasluce una larga evolución. Al precepto humanitario, que proscribía torturas y penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, se agrega el propósito actual de la prisión: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Además, suele haber normas sobre la clasificación y trabajo.", *La prisión*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México. 1975, pág.48.

¹⁸⁶ "Todos los tratados internacionales significan un sistema de colaboración entre Estados. Algunos se concentran en ese propósito, para la investigación de delitos o para el enjuiciamiento y la ejecución de condenas." García Ramírez, "Derecho penal", cit., pág.361.

Debemos decir que si bien no todas estas disposiciones son vinculantes para México, de algún modo marcan directrices a seguir en el tratamiento de detenidos y reclusos, por lo que es importante su referencia.

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 10 de diciembre de 1948, O.N.U.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José"), Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Tratado entre México y los Estados Unidos de América sobre la ejecución de sentencias penales. *D.O.* del 10 de noviembre de 1977.
- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y Canadá sobre ejecución de sentencias penales. *D.O.* del 26 de marzo de 1979.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratados crueles, inhumanos o degradantes, O.N.U.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. *D.O.* del 6 de marzo de 1986.
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. *D.O.* del 11 de septiembre de 1987.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos, 30 de agosto de 1955, Ginebra, Suiza, O.N.U. (no son vinculantes).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990 (no son vinculantes).
- Programa de Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia penal (Reglas de Palma), 1992 (no son vinculantes).

FALTA PAGINA

No 99 a la 107

CAPITULO TERCERO

TERMINOLOGIA Y CONCEPTO

CAPITULO TERCERO

TERMINOLOGIA Y CONCEPTO

SUMARIO: 3.1. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD Y CIENCIAS PENALES. 3.1.1. Ciencias penales. 3.1.2. Derecho ejecutivo penal. 3.1.3. Derecho penitenciario. 3.1.4. Síntesis penitenciaria. 3.1.5. Relaciones con otras disciplinas. 3.1.5.1. Con el Derecho penal sustantivo. 3.1.5.2. Con el Derecho procesal penal. 3.1.5.3. Con la penología. 3.1.5.4. Con la criminología. 3.1.6. Fines de la privación de la libertad y política criminal. 3.2. DIVERSAS FORMAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. 3.2.1. Privación de la libertad como medida cautelar. 3.2.1.1. Aprehesión. 3.2.2. Detención. 3.2.2.3. Prisión preventiva. 3.2.2. Privación de la libertad como pena. 3.2.3. Otras restricciones a la libertad. 3.2.3.1. Aseguramiento de personas. 3.2.3.1.1. *Arraigo*. 3.2.3.1.2. *Confinamiento*. 3.2.3.1.3. *Prohibición de ir a lugar determinado*. 3.2.3.2. Arresto administrativo. 3.2.3.3. Medidas de seguridad.

3.1. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD Y CIENCIAS PENALES

Una de las instituciones clásicas de las ciencias penales es la privación de la libertad. Esta, a lo largo de su historia, ha tenido diversos fines y los más variados medios.

Esta institución de derecho se encuentra ubicada, partiendo del campo más general, dentro de la llamada enciclopedia de las ciencias penales¹⁸⁷, específicamente dentro del derecho ejecutivo penal y concretamente está regulada por las normas de lo que llamamos derecho penitenciario.

Es no sólo útil, sino necesario ubicar a esta figura dentro de la enciclopedia penal, pues como lo veremos en la relación con otras disciplinas penales, se constituye en fin y medio de los objetivos del Estado, a través de los diversos programas de política criminal, administración de justicia y readaptación social¹⁸⁸.

3.1.1. Ciencias penales

La llamada enciclopedia de las ciencias penales comprende las diversas disciplinas encargadas de estudiar las conductas delictivas, los

¹⁸⁷ "Ciencia del Derecho penal", "Ciencias penales" o "Ciencia global del Derecho penal", expresión de Von Liszt; la expresión plural tiene, en cambio, origen latino, Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, PPU, 3a edición, Barcelona, 1990, págs.19-20.

¹⁸⁸ "Si el objeto del Derecho penal es la criminalidad, quien se ocupe del Derecho penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad. Y quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas del Derecho penal en todos sus ámbitos: legislativo, judicial y ejecutivo o penitenciario.". Hassemer, *op. cit.*, pág.15.

sujetos que las cometen y las normas que las rigen¹⁸⁹. Esta denominación llega hasta nosotros a través del maestro Jiménez de Asúa, para quien "designa cuantas disciplinas se ocupan del delincuente, del delito y de la pena, incluso del Derecho penal"¹⁹⁰

Como afirma Hassemer¹⁹¹, "los instrumentos del Derecho penal sólo en parte se encuentran regulados en el Código Penal." Es desbordante la cantidad de cuerpos normativos relativos a la materia penal, rebasando, por mucho, el ámbito del código sustantivo; esto se debe -continúa el autor citado-, a que

"El sistema del Derecho penal en conjunto abarca mucho más, partiendo de los criterios politicocriminales de justicia y utilidad, procurando un concepto claro y preciso de delito y acogiendo los medios propios del Derecho procesal penal y todas las demás materias jurídicopenales que se encuentran regulados fuera del Código, con inclusión también del Derecho penitenciario".

¹⁸⁹ Para Rodríguez Manzanera "La enciclopedia de las Ciencias Penales, es el esquema de las ciencias que se ocupan de estudiar en alguna forma las conductas consideradas antisociales y las normas que las rigen", el autor considera que se incluye el estudio de las conductas parasociales y asociales. cfr. *Criminología, cit.*, pág.81; García Ramírez nos dice, "En el estudio de la materia penal se suele hablar de la enciclopedia de las ciencias penales, suma que congrega a cuantas tienen por objeto principal al delito y al delincuente. Es éste, entonces, el denominador común, como es natural, de las disciplinas penales, por más que sea bien diversa la perspectiva desde la que cada una de ellas contempla al fenómeno del crimen", "Derecho procesal penal y proceso penal", V.V.A.A., *Manual de introducción a las ciencias penales*, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría de Gobernación, México, 1976, pág.107.

¹⁹⁰ *Tratado de Derecho penal*, tomo II, 2a edición, Losada, Buenos Aires, 1956, pág.85; de acuerdo con el mismo autor, otras denominaciones han sido empleadas, enciclopedia penal por Isaac Raira Carreró, enciclopedia criminológica para Molinaro, Guillermo Sabatini le llama ciencia general de la criminalidad y Soler, cuadro de las disciplinas criminológicas. Idem, págs.85-86.

¹⁹¹ *Op. cit.*, pág.143.

De los numerosos esquemas de enciclopedia de las ciencias penales¹⁹², podemos concluir que está formada por cuatro troncos fundamentales. Estos son: el tronco de las ciencias históricas y filosóficas, las ciencias jurídico-penales, las ciencias médicas y las ciencias criminológicas¹⁹³.

El grupo de las ciencias históricas y filosóficas, comprende historia de las ciencias penales, ciencias penales comparadas y filosofía de las ciencias penales¹⁹⁴.

¹⁹² Para Jiménez de Asúa se compone de cinco troncos fundamentales: filosofía e historia (filosofía del Derecho penal, historia del Derecho penal y legislación penal comparada), ciencias causal-explicativas o criminología (antropología, biología, psicoogía, psicoanálisis, sociología y penología), ciencias jurídico-represivas (Derecho penal, Derecho procesal, Derecho penitenciario, política criminal), ciencias de la pesquisa (criminalística, policía judicial científica) y, ciencias auxiliares (estadística criminal, medicina legal, psiquiatría forense). *Tratado de Derecho penal*, tomo II, cit., págs.89-90.

¹⁹³ "Enciclopedia de las Ciencias penales: Las clasificamos en dos grupos: normativas o jurídicas y causales o explicativas. Las primeras estudian el delito y la pena como fenómenos jurídicos. Las segundas se ocupan de ellos en cuanto son hechos en la vida del hombre y de la sociedad", Antón Oneca, *Derecho penal*, cit, pág.24. Para García Ramírez, la enciclopedia de las ciencias penales "agrupa, fundamentalmente, a disciplinas de dos familias: las que, por su carácter biológico o sociológico, contemplan al delito como un hecho natural y social, y las que, de carácter normativo y con fundamento valorativo o axiológico, le ven como un caso grave de transgresión a las normas que rigen la vida en comunidad.", *loc. cit.*

¹⁹⁴ Algunas de las obras que se pueden consultar al respecto son: sobre historia, Radbruch, Gustavo y Gwinner, Enrique, *Historia de la criminalidad*, Bosch, Barcelona, 1955. Sobre ciencias penales comparadas, Rico, José María, *Crimen y justicia en América Latina, Siglo XXI*, México, 1977; sobre la importancia de las ciencias penales comparadas, Cuello Calón nos dice: "El examen de los códigos y leyes de otros países proporciona uno de los medios más adecuados para la reforma de legislación penal, adoptando aquellas leyes e instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad.", *Derecho penal*, cit., pág.19.

Las ciencias jurídico-penales, incluyen el estudio del Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho ejecutivo penal y Derecho de policía.

Las ciencias médicas, comprenden la medicina y psiquiatría forense¹⁹⁵.

Y finalmente, las ciencias criminológicas¹⁹⁶ que comprenden la llamada síntesis criminológica, la cual se integra con las siguientes disciplinas: antropología criminológica, psicología criminológica, biología criminológica, sociología criminológica, criminalística¹⁹⁷, victimología¹⁹⁸ y penología. Podemos incluir en el tronco de las ciencias criminológicas, a la policía científica o policía judicial científica¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Respecto de las ciencias médico-penales puede verse, entre otras obras, Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina Forense*, Porrúa, México, 1977, para el que "en su ejercicio y aplicación, es la técnica, es el procedimiento mediante el cual se aprovecha una o varias ramas de la medicina o de las ciencias conexas para estudiar y resolver casos concretos, habitualmente ligados a situaciones legales o jurídicas."; Jiménez de Asúa, Luis, *Psicoanálisis criminal*, 6a edición, Depalma, Buenos Aires, 1982.

¹⁹⁶ Quiros, Constancio Bernaldo de, *Criminología*, 2a reimp., Cajica, México, 1957; Peláez, Micheangelo, *Introducción al estudio de la criminología*, trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1966.

¹⁹⁷ Moreno González, Rafael, *Reflexiones de un criminalista*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 24, México, 1986; *id.*, *Ensayos médico forenses y criminalísticos*, 2a edición, Porrúa, México, 1989; *id.*, *Manual de introducción a la criminalística*, 6a edición, Porrúa, México, 1990; *id.*, *Notas de un criminalista*, Porrúa, México, 1991.

¹⁹⁸ Rodríguez Mauzanera, Luis, *Victimología*, 2a edición, Porrúa, México, 1990.

¹⁹⁹ Sam López, Jesús Antonio, *La policía judicial en México*, Edición del autor, México, 1968; Altamirano, Pedro, *Policía y derecho de policía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Rodríguez Manzanera, Luis, "Policía judicial y pericia", *Criminalia*, año XLIV, número 1, México, 1968.

Todo esto corresponde a la idea de una "Ciencia totalizadora del Derecho penal"²⁰⁰ que pretende reunir y recoger en una unidad las metas o instrumentos de todas las Ciencias del Derecho penal, desde la Criminología y la Política criminal, pasando por el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, hasta el Derecho penitenciario. "Sin embargo, la idea y la elaboración teórica de una 'Ciencia general del Derecho penal' no es todavía suficiente. Son precisos también una Dogmática elaborada y un Derecho judicial diferenciado que permitan alcanzar en la práctica las misiones que el Derecho penal tiene que cumplir"²⁰¹.

3.1.2. Derecho ejecutivo penal

Circunscritos en el esquema de las ciencias jurídico-penales, ubicamos a la privación de la libertad como una institución del Derecho ejecutivo penal, el cual es el conjunto de normas que rigen la ejecución de todas las penas y medidas de seguridad.

De acuerdo con Ojeda Velázquez el Derecho de ejecución²⁰² de penas -lo vimos en el capítulo anterior-, es el conjunto de normas

²⁰⁰ Propuesta en su día por Franz Von Litzl, en el Programa de Marburgo.

²⁰¹ Cfr. Hassemer, *op. cit.*, págs. 143-144.

²⁰² Este autor le llama de ejecución de penas, en vez de ejecutivo penal, por considerarle una extensión del derecho adjetivo; estamos de acuerdo cuando dice "que la relación jurídica existente entre el Estado y el detenido no desaparece por completo, sino que subsiste y en virtud de ello, se origina entre ambos una serie de derechos y obligaciones"; sin embargo la afirmación de "que sólo pueden ser regulados a través de un procedimiento jurisdiccional", debe, desde nuestro punto de vista, ser matizada; si

jurídicas que se encuentran insertas en diferentes disposiciones legislativas o reglamentarias, que tienen por objeto regular el estado restrictivo de la libertad personal, sea en el ámbito de un establecimiento carcelario creado para tal efecto; o bien, una vez que el individuo ha cumplido parte de su pena y se encuentra en libertad²⁰³.

Este autor sistematiza el estudio del Derecho de ejecución de penas en dos ramas, por una parte el Derecho penitenciario y, por otra, la ejecución de las penas limitativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad.

Sin embargo, debemos considerar que esta concepción del Derecho ejecutivo penal está incompleta, pues se limita únicamente al estudio de una de las ramas de este universo jurídico, la ejecución de la pena privativa de libertad, confundándose, desde este punto de vista con el Derecho penitenciario que veremos más adelante, y olvidando que hay

bien es cierto que el artículo 1o. del Código federal de Procedimientos Penales, señala la regulación del procedimiento de ejecución, desde el momento que cause ejecutoria la sentencia hasta la extinción de las sanciones aplicadas, los artículos que la tratan, del 528-576, en su mayoría hacen referencia a la ejecución de éstas, a cargo del ejecutivo, restringiéndose así las facultades del tribunal en materia de ejecución. Resulta sumamente atractiva la idea de judicializar la ejecución de penas, también es cierto que en nuestro país su tratamiento es netamente administrativo. Nuestro sistema penitenciario, así como el procedimiento de ejecución de penas restrictivas de la libertad, es ciento por ciento administrativo, y nada tiene que ver con la opinión emitida por el autor citado respecto de la más óptima protección de los derechos humanos. Para poder estudiar este procedimiento y la serie de mecanismos que lo integran es necesario hacerlo desde el punto de vista de la ley, y ésta lo señala de naturaleza administrativa. El deseo de una mejor protección de los derechos humanos, poco tiene que ver, desde el punto de vista fáctico con que sea el Poder judicial, o no sea éste, quien se haga cargo del procedimiento de ejecución. Por estas consideraciones para nosotros son sinónimos los términos Derecho ejecutivo penal y Derecho de ejecución de penas.

²⁰³ *Op. cit.*, pág.3.

muchas más penas y medidas de seguridad que las limitativas de la libertad personal.

Debemos decir, junto con Rodríguez Manzanera²⁰⁴, que el Derecho ejecutivo penal es la ciencia normativa que estudia las normas que regulan la ejecución de la pena y/o medida de seguridad, desde el momento en que se convierte en ejecutivo (ejecutable) el título que legitima la ejecución.

Esta última característica nos permite diferenciar al Derecho ejecutivo penal -que estudia la normatividad de la ejecución de la pena a partir de la sentencia ejecutoriada, o de la medida de seguridad a partir de la orden de autoridad competente-, con la penología²⁰⁵, con la que se ha confundido y que es la disciplina criminológica que se encarga del estudio de las penas y sus efectos, simplemente como catálogo penológico, analizando a través de ciertos principios de política criminal, como la prevención, en todas sus modalidades (general o positiva y especial o negativa), política legislativa, judicial, policiaca y penitenciaria, la idoneidad y eficacia de las penas, así como los tratamientos a través de los cuales se aplican, para lograr los fines, que por medio de éstas se pretende lograr, por ejemplo, la readaptación social²⁰⁶.

²⁰⁴ *Op. cit.*, pág.96, esta definición, es la misma que da Novelli para el Derecho penitenciario (cit. por Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, cit., pág.66), confusión frecuente sobre la que hablaremos más adelante.

²⁰⁵ "La equivocación señalada ha cooperado aun más para el estancamiento de la ciencia del Derecho Ejecutivo Penal, pues, con algunas excepciones, no se ha hecho el análisis riguroso de las normas ejecutivas (con una correcta metodología jurídica) por la intervención de conocimientos penológicos.", Rodríguez Manzanera, *Criminología*, cit., pág.99.

²⁰⁶ A este respecto, Héctor Nieves dice, que "Durante el proceso de la Ejecución Penal, se ha observado en todas las legislaciones un mayor interés sobre el estudio de

Siguiendo a Malo Camacho es conveniente que se estudien separadamente las ejecuciones de las penas y medidas penales²⁰⁷, perteneciendo todas ellas al gran género del Derecho ejecutivo penal, serían: Derecho ejecutivo de penas no privativas de libertad, el Derecho penitenciario, como ejecutivo de la pena privativa de libertad; Derecho ejecutivo de las medidas de seguridad; Derecho ejecutivo cautelar penal, en el que se incluiría el estudio de la prisión preventiva, el Derecho ejecutivo del arresto, reglamentación de las sanción administrativa del arresto y Derecho ejecutivo de la detención preventiva, para la fase de investigación de delitos.

3.1.3. Derecho penitenciario

Se ha confundido por algunos teóricos el contenido del Derecho ejecutivo penal y del Derecho penitenciario. Para Gustavo Malo Camacho el Derecho penitenciario es "el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, impuestas por la autoridad

la personalidad del condenado. a los fines de lograr una verdadera prevención criminal específica, mediante la rehabilitación y socialización del delincuente.", *La función orientadora de la criminología en la formulación y reforma de la ley procesal penal*, Universidad de Caracobo, Valencia, Venezuela, 1969, pág.12, cit. por Rodríguez. Manzanera, *idem.*, págs.99-100.

²⁰⁷ Para este autor, estas especies jurídicas encuadrarían dentro del Derecho penitenciario, con lo que no estamos de acuerdo, por lo que proponemos que se incluyan en el Derecho ejecutivo penal o de ejecución de penas; cfr. *Manual de derecho penitenciario mexicano*, cit., págs.8-9.

competente, como consecuencia de la comisión de conductas previstas como delitos en la ley penal.²⁰⁸

La ciencia penitenciaria se ocupa de la ejecución de las penas privativas de libertad y otras instituciones afines. Se ha pretendido identificar la ciencia penitenciaria con la penología o estudio general de la pena; pero esto equivale a invadir otros dominios de la ciencia del Derecho penal e incluso de la sociología²⁰⁹.

Para efectos de este trabajo de investigación considérese la siguiente aclaración. La privación de la libertad²¹⁰, en sus modalidades de pena, medidas cautelares y medidas de seguridad, es una institución regulada por disposiciones de carácter público que en todos los casos, además de compartir los principios constitucionales a los que nos referimos en el capítulo segundo, requieren de una normatividad específica, por tratarse de diferentes supuestos; si bien es cierto que la llamada crisis penitenciaria, afecta también a las medidas privativas cautelares²¹¹, también es cierto que son instituciones diversas que comparten la misma naturaleza. Es por ello que al hablar de privación de la libertad, debemos partir únicamente del supuesto de la privación como

²⁰⁸ *Manual de derecho penitenciario mexicano, cit., pág.5.*

²⁰⁹ Cfr. Antón Oneca, *op. cit.*, pág.537.

²¹⁰ García Ramírez dice que la elaboración del concepto penas privativas de libertad es externa al derecho penitenciario y que éste, es el conjunto de normas jurídicas que regulan su ejecución, *La prisión, cit.*, pág.33.

²¹¹ Se apuntó en el primer capítulo el problema de la sobrepoblación, el cual afecta tanto al sistema penitenciario como al de reclusorios (prisión preventiva). En estos últimos existe un número considerable de sentenciados compurgando en ese establecimiento su condena, a pesar de la disposición constitucional de separación, esto se debe, entre otras cuestiones, a problemas de falta de infraestructura y sobrepoblación.

resultado que se pretende o como un hecho²¹², para poder así tratar cada una de las diversas modalidades con su normatividad particular y no pretender que el estudio de la prisión como institución comprenda todos los supuestos de privación.

Así que no es lo mismo el internamiento en institución psiquiátrica que el confinamiento, ni la detención que la prisión; estas instituciones están reguladas por disposiciones diversas, porque la finalidad que se persigue y el tratamiento en cada caso es particular y distinto.

Por las consideraciones anteriores debemos decir que el Derecho penitenciario es una rama del Derecho ejecutivo penal que se define como el conjunto de normas que regulan la ejecución de la pena privativa de libertad a través de la relación jurídica surgida entre el interno y el Estado, por medio de la administración de la institución carcelaria en que se halle aquél, compurgando una pena como consecuencia de una sentencia.

Las características del Derecho penitenciario son: 1) las disposiciones que lo rigen son de derecho público, por tratarse de normas que regulan la relación entre los internos y el Estado en un nivel de subordinación a través de la instancia administrativa que es el gobierno del propio penal. 2) Es un derecho autónomo, desde el punto de vista científico, doctrinario, docente y legislativo; esto es que se constituye como una rama de derecho independiente del derecho penal y del procesal penal, en cuanto a principios doctrinarios, de contenido y normatividad.

²¹² Es la ancestral discusión acerca de la contradicción custodia-prisión y que tiene que ver con los orígenes de la pena carcelaria.

El Derecho penitenciario como conjunto de normas relativas al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (prisión); se ocupa de la organización de las prisiones, en lo que podríamos llamar sus cuatro aspectos principales: el interno, el establecimiento, el personal y el tratamiento.

Respecto de la condición del interno dentro del establecimiento carcelario, se refiere a su situación jurídica, a los derechos y obligaciones que le corresponden de acuerdo a su situación.

El establecimiento, se refiere al lugar físico en donde se lleva a cabo la ejecución de la pena de prisión, suele llamársele cárcel o penitenciaria. Son las instalaciones que comprenden diversas áreas, como la de gobierno, talleres, visita, escuela, servicios médicos y dormitorios; y que debe de cubrir ciertas especificaciones, que en la mayoría de los casos son dictadas por razones de seguridad.

Por lo que se refiere al personal, el que labora en las prisiones puede ser clasificado en la siguiente forma: directivo, técnico, administrativo, jurídico y de seguridad y vigilancia.

Lo relativo al tratamiento, éste se refiere al modo en que el interno lleva a cabo su estancia en el centro de reclusión, a sus actividades, y dentro de ellas podemos incluir el trabajo y la educación que estarán, indefectiblemente, encaminadas a lograr la resocialización del interno.

3.1.4. Síntesis penitenciaria

Decimos que es posible hablar de la síntesis penitenciaria, cuando entendemos por síntesis la composición de un todo por la reunión de sus partes; no solamente la suma de ellas, sino además, el reconocimiento de sus cualidades, del lugar que ocupan y la íntima relación de cada una con el todo. Si la entendemos no como la síntesis matemática, sino en su raíz etimológica que nos da a entender la acción de componer.

Así por ejemplo, podemos decir del tratamiento penitenciario - junto con García Ramírez-, motor del penitenciarismo moderno, que es acción y resultado de un esfuerzo científico interdisciplinario²¹³.

En efecto, la ciencia penitenciaria²¹⁴ -más amplia que el Derecho penitenciario-, es para Luder²¹⁵, el conjunto de principios de la ejecución de la pena privativa de libertad, de las doctrinas, sistemas y resultados de la aplicación. Y en este sentido confluyen a su integración numerosas disciplinas²¹⁶ de las cuales es posible decir que convergen en la especialidad penitenciaria²¹⁷.

²¹³ *Criminología, marginalidad y derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág.159.

²¹⁴ Se puede definir, de acuerdo con Ojeda Velázquez, como "el complejo de normas prevalentemente técnicas dirigidas a obtener del mejor modo posible, el fin que la pena se propone (intimidación, prevención, readaptación). Su objeto principal es que de influir sobre el derecho penitenciario para transformarlo, adaptarlo en el mejor modo posible, al objeto que la pena se propone alcanzar.", *op. cit.*, pág.12.

²¹⁵ *La política penitenciaria*, Instituto de Investigación y Docencia Criminológicas, La Plata, Argentina, pág.24, cit. por Marcó del Pont, *Derecho Penitenciario, cit.*, pág.11.

²¹⁶ "La preocupación de los problemas penales y sociales del condenado es más patente en Derecho penitenciario que en las demás ramas del Derecho penal...Si bien, como con razón advierten Kaiser/Kerner, no se puede dar primacía a este aspecto del Derecho penitenciario. Sin embargo, el mismo mandato constitucional de

Además del conocimiento normativo que debe de incluir a las disposiciones de derecho interno y a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, Hassemer²¹⁸ considera que:

"...se requiere también el conocimiento empírico en el ámbito penitenciario, pues ya el mismo concepto de resocialización que sirve de eje a todo el sistema exige un grado de aproximación al delincuente concreto, a sus circunstancias personales y familiares, a su carácter, a su nivel cultural, etc., mayor que en ningún otro ámbito de la Administración de Justicia penal."

Algunas de las disciplinas que consideramos integran la llamada síntesis penitenciaria son: arquitectura, administración, pedagogía correctiva, psicología, medicina²¹⁹ y la sociología, dentro de la que encontramos el trabajo social.

Estas materias auxilian dentro de su especialidad no sólo a organizar y hacer funcionar las prisiones, sino muy particularmente a hacer de ellas los sitios idóneos (y por qué no ideales), para alcanzar sus fines que como sabemos, en nuestro sistema penal y penitenciario, es la readaptación social, a través de la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo.

"reeducación y reinserción social" (en la Constitución mexicana el mandato va dirigido a lograr la readaptación social, a través de la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo) obliga y no sólo recomienda la ayuda al recluso.", Hassemer, *op. cit.*, pág. 187.

²¹⁷ "La ciencia no puede reducirse a una simple recepción y organización de datos, sino que implica siempre una actividad sintética de interpretación que sirva para explicar su objeto; si así no fuese, se tendría sólo una descripción más o menos válida de algunos fenómenos, y por ello todo lo contrario de una ciencia propia y verdadera.", Michelangelo Peláez, *op. cit.*, pág. 196.

²¹⁸ *Op. cit.*, pág. 16.

²¹⁹ *Vid.* Haro González, Jaime, *Servicio médico penitenciario*, quinto Congreso Nacional Penitenciario, 1974.

De este modo, la arquitectura penitenciaria crea y distribuye en el espacio físico las áreas llamadas prisiones, sus dimensiones, divisiones, separaciones, etcétera, apoyados en los principios arquitectónicos tradicionales y complementados además, con principios de seguridad, orden y economía, que se traducen en sitios, si no agradables si funcionales y seguros.

Las cárceles y las prisiones son, como cualquier otra institución, merecedoras de la mejor administración posible²²⁰. La vida en prisión constituye un pequeño mundo, en el que cada integrante desempeña un papel. Hay reglas que norman la vida en prisión, es ahí, más que en algún otro lugar donde las disposiciones deben acatarse; sin embargo, para que se cumplan efectivamente se requiere además de una organización bien estructurada, con funciones correctamente delimitadas, de una buena coordinación y comunicación entre las distintas partes que la integran, y es aquí donde la administración es necesaria, para aplicar incluso, como “ganar” en la readaptación.

Es sin duda, en un sistema penitenciario como el nuestro -en el que la finalidad a seguir es la readaptación social, teniendo como medio para alcanzarla la educación y el trabajo-, que la pedagogía resulta de la más alta importancia, pues no se puede pretender educar, enseñar del

²²⁰ Respecto de la administración penitenciaria, debemos retomar dos importantes señalamientos de García Ramírez, las consideraciones de carácter económico y el burocratismo, como dos lastres del penitenciarismo. Respecto de las primeras el citado autor nos dice: la ejecución penitenciaria grava severamente el gasto público (renglón por demás estimable del costo social del delito); el costo que cada recluso tiene para el Estado es excesivo, a lo que hay que añadir el perpetuo pasivo en el balance de los reclusorios, fruto frecuente de una mala organización económica y penitenciaria. Cfr. *La prisión, cit.*, págs. 51 y ss.

mismo modo dentro que fuera de la cárcel²²¹. Para que la educación sea efectiva y además atractiva (no todos los internos quieren o intentan aprender) es necesario crear programas especiales de educación dirigidos a los diferentes tipos de población, ya hombres o mujeres, jóvenes o mayores, pues la finalidad que se persigue no es solamente obtener el certificado de primaria o secundaria, sino aportar conocimientos que no sólo resulten útiles, sino hasta interesantes a los internos, y de este modo brindar efectivamente alternativas para que no vuelva a delinquir²²².

La psicología²²³ aporta valiosos datos respecto del infractor, estos ayudarán a determinar el tratamiento adecuado para lograr la readaptación, pero eso no es todo, hay que darle seguimiento al tratamiento psicológico²²⁴. Son importantes las sesiones periódicas para evaluar los avances del tratamiento y el modo como el ambiente está influyendo en el interno. Resulta además útil esta disciplina, pues con su ayuda se podrán adecuar cada una de las actividades y prácticas

²²¹ El ideal penitenciario actual es el resultado de la evolución que ha sufrido esta institución de custodia, a pena y de pena a tutela; dejando de ser medio represivo para convertirse en educativo.

²²² Vid. Mendoza Avila, Eusebio, *Sistema de educación abierta para adultos en reclusión*, sexto Congreso Nacional Penitenciario, Secretaría de educación Pública, México, 1975; Achard, José Pedro, *Curso de pedagogía correctiva*, Secretaría de Gobernación, 1975.

²²³ "La psicología trata de averiguar, de conocer qué es lo que induce a un sujeto a delinquir, qué significado tiene esa conducta para él, por qué la idea de castigo no lo atemoriza y le hace renunciar a sus conductas criminales. La tarea psicológica consiste en aclarar su significado en una perspectiva histórico-genética.", Marchiori, Hilda, *Psicología criminal*, Porrúa, México, 1975, pág.1.

²²⁴ Para Enrico Ferri "La psicología carcelaria estudia al delincuente mientras está condenado, expiando una pena carcelaria", cit. por Rodríguez Manzanera, cit., pág.65.

penitenciarias para la óptima resocialización, tratando de disminuir los efectos negativos del encierro²²⁵.

Es fundamental para la organización penitenciaria la clasificación de su población. Las características compartidas entre los miembros de la población ayudarán a redefinir los programas y tratamientos. Esto es posible lograrlo desde la perspectiva de la sociología empleada por la paciente labor del trabajador social penitenciario²²⁶. Además, no debemos olvidar que destacados sociólogos han enriquecido la ciencia penitenciaria, sin olvidar, que fue primeramente en los sociólogos que las cárceles despertaron interés, como Jeremy Bentham y Michael Foucault.

3.1.5. Relaciones con otras disciplinas

El Derecho penitenciario y en general las normas que se refieren a medidas limitativas de la libertad personal están relacionadas con el Derecho constitucional, como ya lo vimos en el segundo capítulo y se refiere a los principios que regulan al resto de las disposiciones penales, incluyendo al Derecho penitenciario, el cual tiene su fundamento constitucional en el artículo 18, por lo que respecta al carácter federal o estatal de los centros de reclusión, a la prisión preventiva y a la ejecución

²²⁵ *Ibid.*, Jiménez de Asúa, *Psicoanálisis criminal, cit.*, págs. 247-276, "Los efectos del encarcelamiento en la psique del preso no terminan al ser reintegrado a la libertad... la psique del penado, incluso en la vida libre, permanece poderosamente influida por la prisión.", pág.276.

²²⁶ *Ibid.* David, Pedro, *Sociología Criminal*, Depalma, 5a edición, Buenos Aires, 1979.

de la pena de prisión, a la separación de hombres y mujeres, menores y adultos, y a la ejecución extraterritorial de la sentencia²²⁷.

Esta última ha venido a revolucionar al Derecho penitenciario, pues anteriormente se le atribuía el carácter de "interno", por tratarse de normas eminentemente territoriales en su jurisdicción; actualmente a través de los convenios que celebra el Ejecutivo, respecto de reos extranjeros y/o mexicanos y los gobernadores respecto de sus estados, es posible ejecutar una sentencia condenatoria a pena de prisión en local distinto del lugar en donde se dictó la sentencia.

Respecto del resto de medidas restrictivas de la libertad física, los supuestos en los que se aplican, además de la pena de prisión, se encuentran previstos también en la Constitución, por lo que la intervención de la autoridad estatal está autorizada únicamente cuando actúe bajo los supuestos señalados por la Constitución y en caso de no ser así, se estará frente a una violación de garantías, por lo que será procedente el juicio de amparo respectivo, como lo veremos más adelante, en el capítulo relativo a la protección de la libertad personal.

²²⁷ Vid. García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, cit., págs.5 y 6, "ciertamente la sistemática constitucional no es inmejorable, lo relativo a prisión preventiva pudo y debió agruparse en un sólo artículo, dejando al 18 como sede exclusiva (en 1917) del régimen penitenciario. Por otra parte, el emplazamiento aquí de la materia relativa a menores infractores resulta lógica si se piensa en el parentesco inmediato que existe o debe existir (y que se acentuará con el paso del tiempo) entre ejecución *penal* y ejecución *tutelar*. Sin embargo, en otras constituciones, que reservan lugar autónomo a derechos sociales y familiares, la materia aparece diversamente emplazada."

3.1.5.1. Con el Derecho penal sustantivo.

Es el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, el ordenamiento que establece los tipos delictivos, las reglas de la responsabilidad penal, las penas y medidas de seguridad²²⁸.

Con las disposiciones del Código sustantivo completamos los supuestos restrictivos de la libertad que como limitante a la esfera de derechos han sido autorizados por el legislador. En ningún otro caso y bajo ningún otro supuesto que dispongan otras leyes será legítimo el acto privativo de libertad si no actualiza los supuestos y cumple con los requisitos que han sido establecidos en la Constitución y en este ordenamiento.

El hecho de que las penas y medidas de seguridad se encuentren en un Código sustantivo ha llevado a decir que el derecho penitenciario (por lo que se refiere a la pena de prisión) es de carácter accesorio. Nos adherimos a la opinión de que las penas y medidas de seguridad deberían encontrarse en ordenamiento específico y diverso, por tratarse -el estudio de las penas-, de un caso aparte a la fijación del tipo penal y de la sanción respectiva, remitiendo, llegado el momento, al ordenamiento en el cual se regulan estas penas y medidas en su aplicación.

Ni el Derecho de ejecución de penas (entendido como realización de las penas y medidas impuestas jurídicamente), ni el Derecho penitenciario (es decir, el Derecho de ejecución de las penas y medidas

²²⁸ "El fundamento del derecho a establecer normas penales hay que buscarlo en la Filosofía del Derecho o en el Derecho político", M. E. Mayer, *Tratado de Derecho Penal*, 2a edición, 1923, pág.418, cit. por Rodríguez Devesa, cit. pág.38.

privativas de libertad) plantean problemas especiales de delimitación en relación con el Derecho penal, al contrario: son la lógica prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas. Hassemer²²⁹ lo explica del siguiente modo:

"La ley conmina la realización del delito con una pena: el juez, una vez constatado el delito, impone la pena prevista legalmente tras el correspondiente proceso; y, finalmente, el Estado se encarga de ejecutarla. Y todas estas funciones juntas constituyen la base de la Administración de justicia penal²³⁰."

3.1.5.2. Con el Derecho procesal penal.

La imposición de una medida privativa de la libertad personal, como ya lo habíamos comentado, es resultado de la aplicación del supuesto general a una situación particular y es esta actualización de la norma privativa la que determina si ha lugar a decretar o no la restricción.

En los casos de las penas y medidas de seguridad, éstas, siempre serán impuestas por disposición de sentencia firme ejecutoriada las primeras, o por disposición de la autoridad competente en el caso de las medidas de seguridad. Ambas como resultado de un procedimiento que cumpla con las exigencias constitucionales del debido proceso legal.

²²⁹ *Op. cit.*, pág. 133.

²³⁰ Es la llamada "teoría de las tres columnas", *vid.* Jescheck, Hans-Henrich, *Tratado de Derecho penal*, trad. S. Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, subinciso 3, II, pág.

Hay que apuntar además que el procedimiento de ejecución está comprendido dentro del código adjetivo, así lo establece el artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales.

3.1.5.3. Con la penología.

Mantiene la privación de la libertad relación estrecha con la penología. Como se dijo líneas arriba, ésta se encarga del estudio de las penas y medidas de seguridad, así como los métodos de su aplicación y sus efectos²³¹.

Es conveniente fortalecer a esta disciplina, pues es ésta la puerta indicada para encontrar las penas alternativas a la prisión, además de que cuenta con amplia aplicación a nivel preventivo²³². Por lo que se refiere a la privación de la libertad como pena, la penología aborda el estudio de los diversos sistemas penitenciarios.

3.1.5.3. Con la criminología.

²³¹ La penología se dedica al "estudio de los diversos medios de represión y prevención del delito (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria.", Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, cit., pág.8.

²³² Como dice Rodríguez Manzanera, al referirse a la penología, "va más allá de ser una simple teoría del tratamiento, ya que tienen una amplia aplicación a nivel preventivo, al estudiar qué formas de control son más eficaces para impedir que los individuos lleguen a cometer la conducta indeseable.", cit. pág.75.

La criminología²³³ como ciencia que estudia al criminal, al crimen y a la criminalidad, aporta datos valiosos sobre las características especiales del delincuente y las circunstancias del delito. A un nivel general ayuda a determinar los programas de prevención²³⁴.

Junto con el saber normativo es necesario e imprescindible, el saber empírico que brinda la Criminología. El interés del jurista penalista ha estado, durante mucho tiempo anclado en el saber normativo. Pero la necesidad de comprobar si el Derecho penal consigue eficazmente las consecuencias que pretende, convierte la verificación empírica de las consecuencias en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo que interesa al jurista²³⁵.

Esta ciencia es fundamental en el tratamiento penitenciario, pues permite acercarse al interno, conocer sus circunstancias particulares y las del delito que cometió, para así poder brindar el tratamiento adecuado, partiendo del diagnóstico que se elabora al ingreso en el centro de reclusión. Es pues, el estudio de la personalidad indispensable para

²³³ Esta denominación es del antropólogo francés Pablo Topinard y fue divulgada por Rafael Garófalo.

²³⁴ "No todo lo que castiga el Derecho penal (piénsese en el delito ecológico, en el fiscal o en el aborto) es desaprobado igualmente en el ámbito social. Y no todo lo que socialmente merece desaprobación es elevado a la categoría de infracción punible o ni tan siquiera de infracción jurídica (piénsese en el gamberrismo o simplemente el mal comportamiento social o inmoral).", Hassemer, *op. cit.*, pág. 17

²³⁵ Cfr. Hassemer, *op. cit.*, pág. 15. "Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que también deben valorar los cambios que se producen en la punibilidad, las razones por las que se consideran punibles unas conductas y no otras y, sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales y las infracciones de otras normas de conducta. Las normas del Derecho penal y las normas sociales están en una relación que no siempre es paralela ni conduce al mismo fin, aunque tengan elementos estructurales comunes que las acercan irremediabilmente.", pág. 17.

cumplir, junto con otros elementos, con el principio de individualización de la pena²³⁶. Es, pues, el eje de la readaptación social.

La criminología como ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales²³⁷, está relacionada con la privación de la libertad, pues será ésta y las ciencias que integran la síntesis, los instrumentos necesarios -a nivel de interpretación individual-, para elaborar el diagnóstico o pronóstico criminológico, en tratándose, por ejemplo, de la libertad anticipada.

3.1.6. Fines de la privación de la libertad y la política criminal.

Claus Roxin, en su obra *Problemas básicos del Derecho penal*, aborda este importante tema y concluye que “la pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea, nueva, en todas las épocas²³⁸”.

¿Cómo y bajo que presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?. Esta es una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que

²³⁶ "A su turno, ya en sede penitenciaria, habrá que extraer las consecuencias del examen de personalidad practicados ante los tribunales, y emprender nuevas y más penetrantes exploraciones. Siempre será más rico el estudio de personalidad en sede penitenciaria: cuando el infractor comparece ante el juez, puede éste conocerle en un solo momento, de un solo golpe, aislado, fuera del contexto de las presiones y tensiones, los estímulos y correcciones que trae consigo el tratamiento... En cambio, el conocimiento penitenciario deberá ser continuo, tan continuo y prolongado como la acción terapéutica, medida ponderada, regulada, orientada por aquél.", García Ramírez, *La prisión*, cit., págs. 162-163.

²³⁷ Cfr. Rodríguez Manzanera, *Criminología*, cit., pág. 3.

²³⁸ *Op. cit.*, pág. 11.

no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.

Desde los filósofos griegos se ha entendido que la pena, además de retribución por el delito cometido, era medio para prevenir la delincuencia futura (Platón, en el *Georgias*, sostiene a expiación²³⁹) y la prevención. Sin embargo, es la prevención especial (la corrección, y cuando ésta no es posible, la eliminación o fines de ejemplaridad) lo que más destaca en la doctrina platónica (Protágoras, *Georgias*, *Laques*), en Aristóteles (*Ética a Nicomaco*) y en Santo Tomás dominaba con mayor relieve la retribución y la prevención general. Pero es en el siglo XIX a consecuencia de la filosofía individualista, primero, y del positivismo naturalista, después, que se hizo radical la oposición entre los partidarios de la pena *qui a peccatum est* (porque se ha delinquido), y quienes representaban el Derecho penal preventivo como el único correspondiente a las exigencias de la cultura moderna. Posteriormente se ha reducido el debate ha si el predominio había de ser, de la prevención general o de la prevención especial²⁴⁰.

Para Fontan Balestra²⁴¹, las funciones hoy atribuibles a la pena son las siguientes:

“en un primer momento, es ésta una amenaza contenida en la ley que tiende a ejercer una coacción psicológica sobre los miembros de la comunidad, con el propósito de mantener el orden jurídico (prevención general); la pena al ser

²³⁹ Edición Budé, Madrid, págs.472 y ss.

²⁴⁰ Cfr. Antón Oneca, *Derecho penal, cit.*, pág.510 y 511.

²⁴¹ Cit., por Landrove Díaz, *op. cit.*, pág.23.

no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.

Desde los filósofos griegos se ha entendido que la pena, además de retribución por el delito cometido, era medio para prevenir la delincuencia futura (Platón, en el *Georgias*, sostiene a expiación²³⁹) y la prevención. Sin embargo, es la prevención especial (la corrección, y cuando ésta no es posible, la eliminación o fines de ejemplaridad) lo que más destaca en la doctrina platónica (Protágoras, *Georgias*, Laques), en Aristóteles (*Ética a Nicomaco*) y en Santo Tomás dominaba con mayor relieve la retribución y la prevención general. Pero es en el siglo XIX a consecuencia de la filosofía individualista, primero, y del positivismo naturalista, después, que se hizo radical la oposición entre los partidarios de la pena *qui a peccatum est* (porque se ha delinquido), y quienes representaban el Derecho penal preventivo como el único correspondiente a las exigencias de la cultura moderna. Posteriormente se ha reducido el debate ha si el predominio había de ser, de la prevención general o de la prevención especial²⁴⁰.

Para Fontan Balestra²⁴¹, las funciones hoy atribuibles a la pena son las siguientes:

“en un primer momento, es ésta una amenaza contenida en la ley que tiende a ejercer una coacción psicológica sobre los miembros de la comunidad, con el propósito de mantener el orden jurídico (prevención general); la pena al ser

²³⁹ Edición Budé, Madrid, págs.472 y ss.

²⁴⁰ Cfr. Antón Oneca, *Derecho penal, cit.*, pág.510 y 511.

²⁴¹ Cit., por Landrove Díaz, *op. cit.*, pág.23.

impuesta por el juez, es específica retribución o compensación jurídica, ya que trata de restablecer el orden jurídico violado; finalmente, cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la enmienda o recuperación social del reo (prevención especial)".

La privación de la libertad como género que comprende a la pena de prisión, a la prisión preventiva, la detención, el arresto administrativo, etcétera, tiene tantos fines²⁴² como supuestos restrictivos haya.

Es el tratamiento constitucional de la libertad la pauta para establecer los supuestos restrictivos de este bien y es ella misma, la Constitución, la que determina la finalidad que se persigue al ejecutarlos.

En general, podemos decir que la privación o limitación de la libertad de una persona tiene como fin tenerla "sujeta" a un régimen estricto, en el que dada la situación de rompimiento con la normalidad sea necesaria la inmediatez para volverla al estado en que se encontraba, como es el caso de la prisión preventiva o la detención; o bien aislar y tener perfectamente ubicados a los elementos conflictivos, para evitar que el rompimiento se vuelva a dar, como es el caso de la pena de prisión²⁴³.

Sin embargo, al lado de esta necesidad de represión marcha el fin último de la actividad punitiva del Estado: la prevención. Es la política criminal o criminológica el conjunto de medidas y prácticas que el Estado

²⁴² El sentido y fin atribuidos a la pena por las distintas concepciones y justificaciones al castigo, son muy diversos, se ha hablado de expiación, retribución, intimidación, corrección, prevención, ejemplaridad y tratamiento.

²⁴³ "Históricamente la cárcel no ha sido inventada con esta finalidad (la reclusión); su razón originaria es, más que la de una medida de seguridad, la de una medida cautelar apta para asegurar la disponibilidad del reo a los fines del juicio; pero ésta es la raíz, no el desarrollo de la institución.", Carnelutti, Francesco, *El problema de la pena*, cit., pág.52.

toma para prevenir, reprimir y controlar la criminalidad. Esto lo logra el Estado a través de la reforma legislativa, la administración de justicia, los programas policíacos y la planeación y administración penitenciaria.

Siguiendo a Seelig, hay que distinguir entre una política criminal²⁴⁴ que se ocupa de los problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito, y que pertenece a la Criminología, y aquella Política criminal relativa a cuáles sean las soluciones legislativas más adecuadas a una determinada situación concreta. En este segundo sentido es inseparable del Derecho penal²⁴⁵.

Para Rodríguez Devesa²⁴⁶:

"La Política criminal es una teoría de lo posible, de la adecuación de los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito. Este fin último se descompone a su vez en otra serie de metas parciales, entre las cuales debe producirse de nuevo una selección. La Política criminal señala también el orden en que deben eslabonarse estas etapas."

Actualmente -dice el autor citado²⁴⁷-, hay general coincidencia en estimar que uno de los principios rectores de una adecuada política criminal es el de considerar la sanción penal como la última *ratio*; es decir, una conducta no debe incriminarse cuando los problemas que

²⁴⁴ "Según Saldaña, ya Kleinschros usó en 1793 el nombre de *Kriminal politik*, su empleo no se generaliza hasta Franz Von Liszt.", Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág. 18

²⁴⁵ Cfr. Rodríguez Devesa, *idem.*; para Mir Puig, "la política criminal consiste en aquél sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia a través del Derecho penal: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear por el Derecho penal en el tratamiento de la criminalidad", *Derecho penal. Parte general*, PPU, 3a edición, Barcelona, 1990, pág. 19.

²⁴⁶ *Loc. cit.*

²⁴⁷ *Loc. cit.*

suscita puede resolverse, v.gr., en el ámbito del derecho civil o del derecho administrativo²⁴⁸.

Este principio no equivale -ya lo habíamos dicho- al de intervención mínima, por el que el "Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes²⁴⁹".

La necesidad de controlar el crimen debe de ir ligada a la necesidad de eliminarlo, esta es pues, una finalidad social, que debe perseguirse a través de mecanismos que favorezcan el bienestar social y económico de la población; esto es, a través de la justicia social.

La prevención puede tener dos alcances, perfectamente diferenciados, que se ha visto confrontados en tratándose del medio penitenciario. La prevención general²⁵⁰, a la que nos hemos referido arriba y la prevención especial²⁵¹. Es esta última la finalidad decidida por el Constituyente, al establecer que la privación de la libertad tiene como consecución la readaptación social del delincuente.

²⁴⁸ En este sentido Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág.125; Rodríguez Murillo, *Derecho penal, parte general*, vol. 1, Madrid, 1977, pág. 20.

²⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs.59 y ss.

²⁵⁰ Es entendida como "la actuación de la pena sobre la colectividad, se consigue a través de la intimidación general, restaura la tranquilidad y reafirma y fortalece la mora social", Antón Oneca, *op. cit.*, pág.511.

²⁵¹ Por prevención especial se "entiende la lucha contra el delito mediante la actuación sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, se consigue a través de la intimidación individual, la reeducación y/o la inocuización", *loc. cit.*

Las llamadas "antinomias de los fines de la pena" surgen cuando el Derecho penitenciario -en verdad una parte y prolongación del Derecho penal y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas- desarrolla, por su parte, y claramente favorece una determinada meta de la pena: la resocialización²⁵².

Desde mi punto de vista, es necesario y vital para la existencia de la pena privativa de libertad, tomar como única y verdadera bandera la readaptación social del individuo. Dedicarse exclusivamente al logro de este fin, para que efectivamente se lleve a cabo²⁵³.

3.2. DIVERSAS FORMAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La privación de la libertad considerada como género que comprende los supuestos restrictivos a la libertad personal, puede clasificarse, atendiendo a los fines que con la aplicación de cada una de ellas se persiga, en medidas cautelares, medidas de seguridad y como

²⁵² Cfr. Rodríguez Devesa, *op. cit.*, págs. 133 y ss. Los fines de la pena pueden ser explicados, a modo de ejemplo, por el mismo autor, del siguiente modo: a la conminación legal de la pena (Derecho Penal sustantivo), la prevención general; a la actividad judicial (Derecho Procesal Penal), la retribución o compensación de la culpabilidad, y a la fase ejecutiva la resocialización y el aseguramiento del delincuente.

²⁵³ "Como quiera que la pena exclusivamente sirve a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros, la ejecución de la pena sólo puede estar justificada si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora", Roxin, *Problemas básicos...*, *cit.*, pág. 31.

pena. Existe otro supuesto restrictivo que es la retención. Supuesto recientemente derogado de la legislación penal.

3.2.1. Privación de la libertad como medida cautelar

Atendiendo a los fines de prevención y aseguramiento se encuentran las llamadas medidas cautelares. Estas pueden existir antes y durante el proceso penal y con ellas se pretende asegurar la acción de la justicia, procurando los medios efectivos para la existencia y desarrollo del proceso.

Las medidas cautelares, en general, pueden recaer sobre las personas o sobre las cosas. Se denominan personales a aquellas que se ejecutan sobre las personas; y reales o materiales, cuando sus efectos van dirigidos a cosas. Estas últimas existen fundamentalmente en el derecho civil, existiendo también supuestos penales, por ejemplo, el decomiso²⁵⁴, en tratándose de instrumentos, objetos u otros elementos necesarios para la investigación de algún delito en particular. Nos ocuparemos aquí de las medidas cautelares personales.

Se ha asegurado que al lado de la jurisdicción y de la ejecución, existe un tercer proceso que se denomina proceso cautelar. Son diversas las medidas cautelares. Veremos ahora tres supuestos de ellas.

3.2.1.1. Aprehensión.

²⁵⁴ Artículos 40 y 41 del Código penal.

La aprehensión consiste en la privación temporal de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un juez o autoridad competente, con la finalidad de llevar a cabo la investigación de hechos presuntamente constitutivos de delito, los cuales tengan como sanción respectiva la privativa de libertad, o bien, para ejecutar una sentencia condenatoria a pena de prisión²⁵⁵. Esta situación de hecho es producto de la ejecución de un mandamiento judicial llamado "orden de aprehensión".

Características.

Nuestra Constitución le da un extenso tratamiento a este acto de la autoridad judicial, por el que generalmente se procede a la captura de sujetos que han sido señalados como probables responsables de la comisión de hechos delictivos, y atiende básicamente a la finalidad de asegurar su comparecencia en el procedimiento.

Suele confundirse a la aprehensión con la detención. Sin embargo, aunque comparten la misma naturaleza, los supuestos en los que se producen una y otra son distintos, lo que conlleva a concluir que se trata de figuras diversas, aunque semejantes; por lo que es necesario darles tratamiento aparte. La detención, como lo veremos más adelante, se refiere a casos de excepción, en los que no sea posible la tramitación de la orden de aprehensión por cuestiones bien determinadas en la ley; en cambio la aprehensión supone "que el Ministerio Público ha ejercitado la

²⁵⁵ ...Puede ser determinada -la detención-, por una situación meramente inquisitiva, o por otra inquisitiva-preventiva. Esta última puede dar lugar a la prisión preventiva; la otra, meramente inquisitiva, tiene la especialidad de cesar acto continuo de haberse llenado el objeto que la motivaba: la indagación. Cfr. Jorge Sverdlick, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz "Detención", pág. 749.

acción penal y el juzgador ha radicado la causa y estimado atendible la promoción del Ministerio Público en dos sentidos: suficiente para iniciar el proceso y bastante -en tal virtud- para resolver la grave medida cautelar de la aprehensión"²⁵⁶.

La aprehensión es una medida personal, asegurativa, temporal; dictada y ejecutada por autoridades específicamente competentes para ello, con el propósito de averiguar la verdad sobre determinados hechos y hacer que la ley penal se cumpla.

Es personal, porque se ejecuta sobre un sujeto al que se denomina inculcado. Se le llama asegurativa, porque efectivamente garantiza la presencia del inculcado ante los tribunales, se evita así su evasión de la justicia; y se impide al mismo tiempo que se destruyan las pruebas incriminatorias. Con esta medida se pretende suspender los posibles efectos del hecho delictuoso, limitando la acción del presunto responsable en el lapso que va desde la realización del acto punible a su captura. Técnicamente es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona, hasta en tanto se define, por la propia autoridad judicial, su situación jurídica; ya sea que proceda el otorgamiento de la libertad provisional o no.

La única autoridad facultada para dictar órdenes de aprehensión, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, es la autoridad judicial penal. El tribunal librará orden de aprehensión a

²⁵⁶ García Ramírez, Sergio. *El nuevo procedimiento penal mexicano*, Porrúa, México, 1994, pág.8.

pedimento del Ministerio Público²⁵⁷; deberá contener una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos.

Respecto de la autoridad encargada de la ejecución de aquéllas, es el artículo 21 el que determina que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la que se encuentra bajo la autoridad y mando inmediato de aquél; por lo que es ésta, la Policía Judicial, la facultada para llevar a cabo dichas órdenes²⁵⁸.

Supuestos.

No podrá librarse orden de aprehensión -párrafo segundo del artículo 16 constitucional- sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos, estas actividades se realizan en lo que se conoce como la etapa de averiguación previa, con ella se abre el trámite procesal. Sin embargo, para que de inicio es necesario cumplir con los llamados requisitos de procedibilidad, como base del ejercicio de la acción penal.

²⁵⁷ *Vid.* artículos 132, fracción I, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 195 del código adjetivo federal.

²⁵⁸ Artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Estos se refieren a tres presupuestos: primeramente, a la manera en que la *notitia criminis* llega a conocimiento del Ministerio Público, ya sea a través de denuncia, acusación o querella.

La denuncia constituye una participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente (M.P.), sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio. A su vez la acusación o querella es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquéllos que sólo se pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad, formulada por el interesado ante la autoridad pertinente a efecto de que, tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables²⁵⁹.

Esta denuncia o querella -en tratándose de cualquiera de ellas, como presupuesto para librar orden de aprehensión- debe versar sobre hechos específicamente determinados que la ley señale como delitos y a los cuales corresponda como sanción por lo menos la pena privativa de libertad; lo que excluye a aquéllos delitos que son sancionados, por ejemplo, con penas alternativas, prisión o multa, etcétera.

En segundo lugar, a la acreditación de los elementos que integran el tipo penal a través de datos que constaten su existencia. Se refiere a los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la ley penal. Esto es, que la conducta realizada por el imputado se ajuste al supuesto previsto por la ley penal, al cual se denomina delito o tipo penal.

²⁵⁹ Cfr. García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., págs.452 y 453.

Finalmente, debe de acreditarse la probable responsabilidad del imputado que en virtud de la reforma de 1993, se deriva de la autoría o participación. Desaparece, de este modo la relación entre la “probable responsabilidad” que establece la Constitución y las formas de participación delictuosa contenidas en el artículo 13 del Código Penal²⁶⁰

Por lo que se refiere a los supuestos de reaprehensión y comparecencia. La primera no es más que una modalidad de la aprehensión. Por su parte la comparecencia²⁶¹, sólo tiene lugar en tratándose de delitos que no dan lugar a detención, y tiene como única finalidad que el inculcado rinda su declaración preparatoria. Únicamente en caso de que no comparezca el inculcado, a quien el juez manda citar, se expedirá la orden de aprehensión correspondiente²⁶².

Sujetos.

En este supuesto restrictivo de la libertad podemos distinguir a varios sujetos: el inculcado o imputado, presunto responsable de la comisión de los hechos delictivos; la persona que realice la denuncia, o presente la acusación o querrela; el agente del Ministerio Público, ya sea federal o local, y consecuentemente los agentes de la Policía Judicial que practiquen las diligencias de averiguación previa; y finalmente el Juez que dicta la orden de aprehensión y que quien en definitiva resuelva la situación jurídica del inculcado.

Plazos.

²⁶⁰ Vid. García Ramírez, *El nuevo procedimiento penalmexicano*, cit., págs. 157-158.

²⁶¹ Artículos 275 Cpp y 157 del Cfpp.

²⁶² Artículo 171 Cfpp.

El tiempo que dure la detención o retención, no podrá ser de más de cuarenta y ocho horas, si se trata del periodo de averiguación previa; al cabo del cual el Ministerio Público deberá ordenar la libertad del imputado o ponerle a disposición de la autoridad judicial. El párrafo séptimo del artículo 16 constitucional prevé una excepción. Podrá duplicarse este término, es decir, se trata de noventa y seis horas, en aquéllos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

La detención ante autoridad judicial no podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, contado a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión. Este plazo podrá prolongarse hasta por tres horas más, si en el lugar donde esté custodiado el detenido, no se hubiere recibido copia de dicho auto, al término de las cuales se le pondrá en libertad. Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales prevé que este término puede ser duplicado, en atención a la garantía de defensa, siempre y cuando lo solicite el inculcado o su defensa, con la finalidad de aportar y desahogar pruebas, para que el juez pueda determinar su situación jurídica. La solicitud se hará al rendir aquél su declaración preparatoria o dentro de las tres horas siguientes.

3.2.1.2. Detención.

La figura de la detención es, como lo dijimos líneas arriba, comúnmente considerada como sinónimo de aprehensión. Esto se debe a que así se denomina al genero de actos restrictivos de la libertad. La detención puede estar fundada en un auto de formal prisión, o bien

motivada por cualquiera de estas dos situaciones: la flagrancia y la urgencia. Ambos supuestos están previstos en la Constitución en el artículo 16.

Características.

La detención es un acto transitorio restrictivo de la libertad personal, motivada por la flagrancia y/o la urgencia; situaciones en las que no es posible ocurrir ante la autoridad judicial para que dicte la orden de aprehensión correspondiente; por lo que la ley faculta a cualquier persona, para el primer caso; y al Ministerio Público en el segundo a realizar y a ordenar ésta respectivamente. El detenido debe de ser inmediatamente puesto a disposición de la autoridad judicial para que determine su situación legal.

Supuestos.

Los casos que motivan la detención de una persona son, como ya hemos dicho, dos: la flagrancia y la urgencia. En el primer caso, es posible distinguir ésta de la cuasiflagrancia y de la presunción de flagrancia. Hay flagrancia en estricto sentido, cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito, existiendo continuidad entre la perpetración del hecho delictuoso y la detención. Existe cuasiflagrancia, cuando después de ejecutado el acto delictuoso el delincuente es materialmente perseguido, hasta su captura; mediando entre uno y otro momentos un lapso, la persecución, lo que resuelve la continuidad. Hay presunción de flagrancia, cuando una vez cometido el delito, alguna persona señale a otra como responsable de la comisión del mismo y se encuentre en su poder el objeto del delito, el instrumento con

que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito²⁶³. En el caso de la flagrancia, la detención podrá ser llevada a cabo por cualquier persona. De acuerdo con Pietro-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, "la actuación de los particulares es estos casos constituye el cumplimiento de un deber cívico, en defensa de la sociedad o en una prestación que se impone la persona ella misma, ya que no se establece el deber de detener, impuesto a la policía y que el juez debe promover"²⁶⁴.

Como de algún modo las detenciones por particulares, deben reducirse al supuesto constitucional y a fin de evitar arbitrariedades el particular habrá de justificar que ha obrado simplemente en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se halla en alguno de los supuestos arriba mencionados²⁶⁵.

En tratándose de la "urgencia", ésta existe, cuando se trata de la comisión de delito grave, así calificado por la ley; exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias. En este caso, la detención es decretada por el Ministerio Público, en un acto escrito denominado "orden de detención", en la que deberá de fundar y motivar los indicios

²⁶³ Vid. artículos 193 Cfpp y 267 Cpp.

²⁶⁴ *Derecho procesal penal*, 4a edición, Tecnos, Madrid, 1989, pág.254.

²⁶⁵ Nuestra legislación carece de las disposiciones que reglamenten la detención por particulares, es interesante, al respecto, la posición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que sí dedica algunos artículos a la detención por particulares; vid. Pietro-Castro y Gutiérrez de Cabiedes. *loc. cit.*,

que acrediten los requisitos necesarios. Esta orden será ejecutada por la Policía Judicial²⁶⁶.

En ambos casos los indiciados están detenidos en la sede del Ministerio Público; aun en el caso de la flagrancia en el que la persona que detuvo, puso al detenido a disposición de la autoridad inmediata, pudiendo no ser en todos los casos el Ministerio Público, la que deberá remitirlo a éste.

Sujetos.

De entre las personas involucradas en una detención por flagrancia y/o urgencia, podemos distinguir, en primer lugar, al inculcado o inculcados, a aquella persona que lleva a cabo la detención, que será cualquiera en el caso de la flagrancia y a la Policía Judicial, si se trata de urgencia. Al denunciante o querellante. Al agente del Ministerio Público que conoce y/o determina la detención y al juez que conocerá finalmente de ésta.

Plazos.

El plazo de permanencia en la sede administrativa no puede ser superior a las cuarenta y ocho horas, duplicable en casos de delincuencia organizada²⁶⁷. Respecto de su estancia en sede judicial, se siguen las mismas reglas a las que ya hicimos referencia al tratar la aprehensión.

²⁶⁶ *Id.* artículos 194 Cfpp y 268 Cpp.

²⁶⁷ Artículo 194 bis CFPP, algunos de los siguientes delitos: terrorismo, sabotaje, piratería, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, uso ilícito de instalaciones destinadas al tráfico aéreo, contra la salud, asalto en carreteras o caminos, secuestro, robo calificado, extorsión, y otros previstos en otras leyes federales.

Retención.

La retención se planteaba a propósito de la privación cautelar de la libertad, y no es mas que una derivación de detención con la finalidad de integrar la averiguación previa. La detención es una acto, en tanto que la retención es una situación que se prolonga por más o menos tiempo. Ambos son, obviamente, acto y situación que con dicho acto comienza²⁶⁸.

El tiempo por el que se puede retener a una persona sujeta a investigación, es como lo mencionamos al hablar de la detención, de cuarenta y ocho horas, prorrogables por un plazo igual cuando en la investigación que se realiza este involucrada lo que en términos de la misma constitución se señala como delincuencia organizada²⁶⁹.

De acuerdo con las recientes reformas hechas a la legislación penal constitucional y secundaria, la delincuencia organizada existe cuando se trate de ciertos delitos a cuyo fin tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos²⁷⁰.

3.2.1.3. Prisión preventiva.

²⁶⁸ Vid. García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, cit., pág. 166 y ss.

²⁶⁹ Cuando se cometa cualquiera de los siguientes delitos: terrorismo, sabotaje, piratería, evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, uso ilícito de instalaciones destinadas al tráfico aéreo, contra la salud, asalto en carreteras o caminos, secuestro, robo calificado, extorsión, y otros previstos en otras leyes federales.

²⁷⁰ Artículo 194 bis Cfpp.

Esta medida cautelar, dictada con posterioridad a la detención, es emitida por el juez que conoce de la causa cuando a considerado procedente la acción del Ministerio Público en la que existen los datos que acreditan los elementos del tipo penal respectivo, cuya sanción sea privativa de libertad²⁷¹; así como la probable responsabilidad del inculpado²⁷².

El acto jurisdiccional que da lugar a la prisión preventiva es el auto de formal prisión, al que García Ramírez define como la resolución jurisdiccional, dictada dentro de las setenta y dos horas (plazo que puede ampliarse o duplicarse (*vid. infra., aprehensión*) a partir de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculpado²⁷³.

El auto de formal prisión produce efectos específicos respecto de la libertad del inculpado, como que: justifica la prisión preventiva, a la que ya nos hemos referido; en virtud de que en dicho auto puede revocarse la libertad provisional, siempre y cuando dicha revocación conste en el mismo. Otro de estos efectos, es la suspensión de los derechos del ciudadano, a que hace referencia el artículo 38 de la Constitución. Respecto de su situación el inculpado pasa de estar detenido a considerársele formalmente preso.

²⁷¹ Artículo 18 constitucional. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. ...

²⁷² *Vid.* artículo 19 constitucional.

²⁷³ *Cfr. Derecho procesal penal, cit., pág. 521.*

Asimismo, es importante destacar que dicha resolución judicial debe de cubrir ciertos requisitos: debe de ser dictada dentro de las setenta y dos horas (duplicables), fijadas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla; que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal por el cual deba seguirse el proceso; que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; que no esté acreditada ninguna causa de licitud; que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; así como los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice²⁷⁴.

Finalmente, esta medida se ejecuta en sitio distinto del que se destina a la extinción de la pena de prisión, dispone el artículo 18 constitucional -como lo vimos en el segundo capítulo-, la separación entre procesados (sujetos a prisión preventiva) y sentenciados.

3.2.2. Privación de la libertad como pena.

A diferencia de las medidas restrictivas a las que hemos hecho alusión, la pena de prisión²⁷⁵ se constituye como una auténtica privación

²⁷⁴ Artículo 297 del Cpp.

²⁷⁵ "Consiste esta pena en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria, reformatorio, etcetera.) en el que permanece, en mayor o menor grado privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y, por lo común, sujeto a la obligación de trabajar". Cuello Calón, *La moderna*

de dicho bien. Posee numerosas consecuencias y en ningún caso podrá ser decretada sin que medie sentencia ejecutoriada producto de un proceso penal seguido contra un sujeto o sujetos determinados, al que se encontró indubitablemente responsable de la comisión de un hecho delictivo, castigado con pena corporal.

La sentencia es la conclusión natural de todo proceso, es en ella donde se resuelve la cuestión de fondo originalmente planteada. Así pues, la pena de prisión o privativa de libertad solamente puede ser impuesta por una sentencia condenatoria, determinada e irrevocable.

Se llama condenatoria, a aquélla que resolviendo sobre el fondo del asunto, ha estimado plenamente acreditados y probados los elementos constitutivos de delito, así como la responsabilidad del sentenciado por el hecho que se le imputa; por lo que le hace efectiva la sanción prevista en la ley penal, al decretarle la imposición del castigo, que para el caso que nos interesa es la pena de prisión. Es determinada, porque en ella se fija el contenido de la sanción. Sentencia irrevocable es aquélla contra la cual no se concede ningún recurso ante los tribunales que pueda implicar su revocación total o parcial²⁷⁶.

penología, cit., pág.258; respecto de la denominación, Elías Neumann nos dice, "la cárcel (vocablo e instituto) precede al presidio, la prisión y la penitenciaria que designan específicamente diversos modos de cumplimiento y lugares de ejecución de la sanción privativa de libertad. De allí que resulte incontestable que con la voz cárcel se designe histórica y técnicamente al local o edificio en que se alojan los procesados o encausados (que los franceses llaman prévenus); y presidio, prisión o penitenciaria, indica en cambio el destinado a los sentenciados, los condenados en justicia.", *Prisión abierta*, 2a edición, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág.13.

²⁷⁶ *Vid.* artículos 443 y 576 Cpp. y 360 Cfpp.

La sentencia penal contiene elementos que atienden al fondo del asunto planteado ante la jurisdicción y a la forma de la sentencia misma. Respecto de los elementos sustanciales, éstos constituyen la decisión sobre el delito y la responsabilidad, así como el enlace o silogismo entre el supuesto jurídico y el fáctico y la consecuencia jurídica correspondiente²⁷⁷.

Asimismo, la sentencia debe revestir ciertos elementos formales: la designación del tribunal que las dicte²⁷⁸; en su caso, la integración y votación de los órganos colegiados²⁷⁹; lugar y fecha en que se pronuncien²⁸⁰; generales del acusado, extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos, consideraciones y fundamentos legales; condena o absolución, según proceda, y demás puntos resolutivos²⁸¹; firma del juzgador que proveyó y de su secretario o de los testigos de asistencia a falta de éste²⁸²; y la prevención sobre amonestación del reo, tratándose de sentencia condenatoria²⁸³.

Respecto de la ejecución de la sentencia, ésta corresponde al Poder Ejecutivo, a través de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación²⁸⁴, la que designará los lugares en que los reos deban extinguir las sanciones

²⁷⁷ Cfr. García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.643.

²⁷⁸ Artículo 95, fracc. II Cfpp.

²⁷⁹ Artículos 98 y 99 Cfpp y 74 y 75 del Cpp.

²⁸⁰ Artículo 95 Cfpp. y 72 Cpp.

²⁸¹ Artículos 95 y 96 Cfpp. y 72 Cpp.

²⁸² Artículo 98 Cfpp y 74 y 78 Cpp.

²⁸³ Artículos 528 Cfpp. y 577 Cpp.

²⁸⁴ Artículos 529 Cfpp. y 575 Cpp.

privativas de libertad²⁸⁵. Lo que se denomina por el Código Penal, "prisión".

La pena de prisión²⁸⁶ es definida por el Código Penal como la privación de la libertad corporal, con una duración de tres días a cuarenta años, excepto en algunos casos como el homicidio calificado, en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años²⁸⁷; y que se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva²⁸⁸. Este tema lo abordaremos ampliamente más adelante.

3.2.3. Otras restricciones a la libertad

Las medidas restrictivas y privativas de libertad a las que hicimos alusión hace algunas líneas son a propósito del tema de esta tesis las más importantes, pero igualmente es necesario destacar otras de ellas, sólo

²⁸⁵ Respecto de la ejecución de las sentencias *vid.* los artículos 528-535 Cfpp. y 575-593 del Cpp.

²⁸⁶ "Las penas privativas de libertad constan de dos elementos: duración y régimen. La duración puede ser desde un día hasta toda la vida del condenado. Del régimen deriva su intensidad según el grado de aislamiento (en el que influye no sólo la vida en comunidad o celda, sino la comunicación con el mundo exterior), la jornada de trabajo, el tratamiento (alimentación, vestido, recreos, etcétera.), el local donde se cumple y los castigos disciplinarios, que potencian la sanción carcelaria dando muy distinta significación a los demás factores.". Antón Oneca, *op. cit.*, págs.530-531.

²⁸⁷ También al homicidio que se cometa intencionalmente con motivo de violación, robo o en casa habitación; o con motivo de secuestro, *vid.*, artículos 315 bis, 320 y 366 Cp.

²⁸⁸ Artículo 320.

restrictivas; algunas como medidas cautelares y otras como medidas de seguridad. Estas se caracterizan porque persiguen una finalidad muy específica, a propósito o no del proceso penal en el que sean dictadas. Todas ellas pretenden asegurar el cumplimiento y la aplicación de la ley penal.

Algunas de las razones por la que se mantiene el doble sistema de penas y medidas de seguridad, nos las explica Jescheck²⁸⁹:

"La pena fijada de acuerdo con la culpabilidad del hecho sólo puede cumplir en una extensión limitada la misión preventiva del Derecho Penal. Por razones de seguridad general puede ser necesaria una privación de libertad superior a la que correspondería por la culpabilidad del reo; la resocialización puede hacer conveniente una actuación sobre el reo durante la privación de libertad distinta a la habitual en el establecimiento penitenciario. Además deben preverse, para proteger la comunidad, también ciertas intervenciones sin privación de libertad. Finalmente son también indispensables, en caso de peligrosidad, medidas frente a los incapaces de culpabilidad. Por todas estas razones, el nuevo derecho vigente ha mantenido el dualismo entre penas y medidas."

3.2.3.1. Aseguramiento de personas.

Las medidas limitativas de la libertad personal pueden estar dirigidas a restringir ésta con motivos particulares, que no necesariamente se refieran a los motivos de la detención, a la que ya nos referimos. Limitar la libertad en este sentido puede decretarse como medida precautoria, y puede producirse en varios supuestos a los que a continuación haremos referencia.

²⁸⁹ *Op. cit.*, pág.1113.

3.2.3.1.1. *Arraigo.*

El arraigo es una medida precautoria que consiste en la limitación a la libertad de tránsito de una persona, en los casos de responsabilidad penal o civil, decretada por la autoridad judicial a petición del Ministerio Público; así como también podrá ser acordada por la autoridad administrativa, por lo que respecta a asuntos de migración, salubridad general o extranjeros perniciosos residentes en el país²⁹⁰.

Puede ser decretada durante la averiguación previa, durante el proceso y con motivo del procedimiento de extradición. Respecto del arraigo que se plantea durante la averiguación previa, con motivo de ésta, será solicitado por el Ministerio Público a la autoridad judicial, quien resolverá respecto a éste con vigilancia que ejercitarán el Ministerio Público y sus auxiliares. Esta medida durará el tiempo que tarde en integrarse la averiguación previa, pero no excederá de 30 días, prorrogables por otros treinta, a solicitud del Ministerio Público²⁹¹.

Esta medida supone que el inculpado no se encuentra detenido, o bien, que fue puesto en libertad por no ser posible el inmediato ejercicio de la acción o la resolución de no ejercicio. Los plazos deberán contarse, de acuerdo con las disposiciones de los códigos de procedimientos penales Federal y del Distrito Federal, en días hábiles²⁹². Todas las cuestiones relativas a éste se tramitan y resuelven ante sede jurisdiccional, a través de incidentes.

²⁹⁰ *Vid.* artículo 11 de la Constitución.

²⁹¹ Artículos 270 bis Cpp. y 133 bis Cfpp.

²⁹² Artículos 57 Cpp. y 71 y 72 Cfpp.

El arraigo administrativo²⁹³ tiene lugar, en tratándose de delitos cuyo conocimiento compete a los juzgados mixtos de paz, o bien, a los penales si la pena no excede de cinco años de prisión²⁹⁴, y supone la voluntad del indiciado a someterse a las determinaciones del Ministerio Público, respecto de su libertad de tránsito así como la fijación del monto del daño. En este caso el arraigo no podrá prolongarse por más de tres días.

Los supuestos que deben cumplirse para decretar esta medida: que el inculpado proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación previa, cuando éste lo disponga; no existan datos de que pretende sustraerse a la acción de la justicia; que el inculpado realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, o en su caso, lo determine el Ministerio Público. Cuando se trate de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, si el presunto responsable no hubiere abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Que alguna persona a criterio del agente investigador del Ministerio Público, se comprometa a presentar al probable responsable cuando se le requiera. Finalmente, el incumplimiento de las obligaciones inherentes al arraigo apareja su revocación.

Durante el proceso esta medida puede ser decretada como reforzamiento de los deberes inherentes a la libertad provisional otorgada

²⁹³ Cfr. García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.618.

²⁹⁴ Artículo 271 Cpp.

al inculpado, otorgada en función de la naturaleza del delito o de la pena aplicable, por la que el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término de 30 días prorrogables, o bien, del término en que deba resolverse el proceso²⁹⁵.

La solicitud de arraigo en el procedimiento de extradición se encuentra previsto por el artículo 17 de la Ley de Extradición Internacional, y procede cuando la Secretaría de Relaciones Exteriores estime fundado el pedimento de un Estado extranjero en el que exprese la intención de presentar solicitud formal de extradición y pida la adopción de medidas precautorias, en cuyo caso lo remitirá al Procurador General de la República, quien promoverá ante el juez las medidas apropiadas, entre ellas, el arraigo²⁹⁶.

3.2.3.1.2. *Confinamiento.*

²⁹⁵ Artículos 301 Cpp. y 205 Cfpp.

²⁹⁶ El párrafo tercero del artículo 119 de la Constitución hace referencia a las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero, las que serán tramitadas -disponer por el Ejecutivo Federal (Secretaría de Relaciones Exteriores y Procuraduría General de la República), con la intervención de la autoridad judicial, en los términos que dispongan la Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. Y dispone que el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.

Esta sanción está prevista por el Código Penal y consiste en la imposición de la autoridad judicial de la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. Corresponde al Poder Ejecutivo la designación del lugar, destinado al confinamiento, excepto cuando se trate de delitos políticos, la designación corresponderá al juez que dicte la sentencia, para la que deberá conciliar las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado²⁹⁷.

Es importante destacar la naturaleza particular de esta pena. La residencia en este caso no se refiere por ningún motivo a establecimiento especial, ya sea penitenciaria u hospital; se fijará la residencia o domicilio de una persona en un lugar determinado que no podrá cambiar, a menos que sea el Ejecutivo quien así lo determine. Para la fijación del lugar en el que deba residir el condenado a esta pena, la autoridad encargada para ello, deberá de tomar en consideración la tranquilidad pública del sitio donde pretenda ejecutar la sentencia, así como la salud y necesidades del condenado. A este respecto no sería adecuado que tratándose, por ejemplo de una persona, que sufre de presión alta se fije su residencia en confinamiento en lugares con elevada altura respecto del nivel del mar, etcétera.

Esta medida que tiende a asegurar la localización de una persona, a restringir su radio de acción, no puede privar o limitar al condenado de otras libertades que no sea la de movimiento, como es el caso de la prisión, en la que no se consideran las necesidades del reo, respecto del espacio o la administración de su tiempo.

²⁹⁷ *Vid.* artículos 24 y 28 Cp.

3.2.3.1.3. *Prohibición de ir a lugar determinado.*

Esta medida restrictiva de la libertad personal se encuentra prevista en la enumeración que hace el artículo 24 del Código Penal, sin hacer mayor abundamiento sobre su aplicación en parte alguna del ordenamiento. Sin embargo, a propósito de los menores infractores, se dispone la prohibición de asistir a determinados lugares, en la obligación que se impone al menor de abstenerse de concurrir a sitios que se consideren impropios para su adecuado desarrollo biopsicosocial. En el caso de la disposición contemplada en el Código Penal, podemos concluir que esta pena se impone a propósito del lugar en sí mismo considerado, por los efectos que provoque en el sujeto o bien porque en el se encuentren personas respecto de las cuales, la autoridad judicial ha decidido que el sancionado deba permanecer alejado.

3.2.3.2. Arresto administrativo.

Las sanciones en el ámbito administrativo han sido reducidas a dos la multa y el arresto, de acuerdo con el texto del artículo 21 constitucional; éstas sólo podrán ser impuestas a los infractores a través de un procedimiento que respete el derecho de defensa de los mismos y en virtud de una resolución debidamente fundada y motivada, de acuerdo con los lineamientos de los artículos 14 y 16 de la Constitución federal²⁹⁸.

²⁹⁸ *Vid.* tesis de la Segunda Sala, No.419, pág.195, Apéndice publicado en 1975.

El arresto como forma alternativa a la multa -opcional al infractor-, sólo puede ser de treinta y seis horas como máximo, en función de la aplicación de las disposiciones de los reglamentos gubernativos y de policía, así como de los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, expedidos por los ayuntamientos, de acuerdo con las bases que establezcan las legislaturas de los Estados. Para el caso del Distrito Federal, los lineamientos de acuerdo con los cuales se deben expedir las disposiciones relativas a la imposición de sanciones de carácter administrativo, están contenidos en el Reglamento Gubernativo de Justicia Cívica para el Distrito Federal²⁹⁹, que derogó a la Ley sobre Justicia en materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno y su Reglamento³⁰⁰.

Este reglamento establece las sanciones por las acciones u omisiones que alteren el orden público y la tranquilidad de las personas. Estas se denominan infracciones cívicas³⁰¹ y pueden ser sancionadas con amonestación, multa y/o arresto, por un periodo de hasta treinta y seis horas³⁰², que se cumplirá en lugares diferentes de los destinados a la

²⁹⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1994.

³⁰⁰ Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984 y del 10 de julio de 1985, respectivamente.

³⁰¹ Artículos 1o., fracc. II, 3o. y 7o.

³⁰² El computo de las horas de arresto se determina en el artículo 8o, siendo alternativas la multa y el arresto, excepto en tratándose de los supuestos previstos en las fracciones I-IV del artículo 7o.

detención de indiciados, procesados o sentenciados³⁰³. Corresponde al juez cívico (antes calificador) la aplicación de estas sanciones³⁰⁴.

3.2.3.3. Medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad previstas como medio de privación de la libertad, se refieren al tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, y este puede ser aplicado en internamiento o en libertad.

Para Jescheck³⁰⁵, las medidas no son penas y, por consiguiente, no están sometidas al principio de culpabilidad...³⁰⁶; sino al principio de proporcionalidad que rige de un modo inmediato y general como principio fundamental del Estado de Derecho..., dada la profunda intervención en los derechos fundamentales del afectado que suponen las medidas. La proporcionalidad de una medida depende sobre todo de la *significación de los delitos que cabe esperar* en el futuro del autor, mientras que los ya cometidos pueden ser menos importantes, ya que en las medidas ocupa el primer plano la necesidad de seguridad general.

Landrove Díaz³⁰⁷ nos explica algunas de las diferencias entre medidas de seguridad y penas:

³⁰³ Artículo 6o.

³⁰⁴ Artículos 44-53.

³⁰⁵ Cfr. *op. cit.*, pág.1116.

³⁰⁶ Para Landrove estas medidas no son dictadas con el fin de la compensación retributiva, *op. cit.*, pág.162.

³⁰⁷ *Idem.*

a) la pena se ordena fundamentalmente a la prevención general, la medida de seguridad, a la prevención especial;

b) la pena exige para su imposición un previo delito; la medida de seguridad, la existencia de un estado peligroso, que puede producirse sin la comisión de un hecho delictivo. En consecuencia la pena es siempre postdelictual; la medida de seguridad -en su primigenia construcción- puede no serlo.

c) la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito; la medida de seguridad es proporcionada a la peligrosidad del sujeto.

d) la pena se impone sólo a los sujetos imputables; la medida de seguridad se impone tanto a los imputables como a los inimputables, y en base de un criterio de utilidad social;

e) la pena se aplica de un modo determinado; la medida de seguridad, que se fundamenta en una condición o conjunto de condiciones personales del individuo, tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución;

f) la privación de bienes jurídicos del sujeto, a través de las que se manifiestan ambas, constituye el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.

Decretar estas medidas, en el primer supuesto, supone la existencia de delito cometido por una persona inimputable, pero que le es aplicable una excluyente de esa responsabilidad en función de padecer -al momento de cometerse la infracción-, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que él mismo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente³⁰⁸.

³⁰⁸ Artículo 15, fracc. II Cp.

No es precisamente un proceso penal lo que motiva estas circunstancias, sino un procedimiento especial, que habrá de desembocar en un tratamiento. Hablamos, pues, de enfermedad mental permanente o transitoria. En caso de tratarse de un trastorno transitorio, que al momento de llevarse a cabo el proceso haya cesado, el inculpado accede a éste en pleno uso de sus facultades mentales, por lo que continuará el procedimiento indiciado. Distinto caso se presenta, cuando es durante el transcurso del proceso que el imputado pierde la razón; en este supuesto deberá suspenderse el procedimiento³⁰⁹, proceder al internamiento sanitario; y sólo en caso de que el trastorno desaparezca, reanudarlo, hasta concluirlo y entonces sí, ejecutar la sanción correspondiente.

Iniciado el procedimiento ordinario, tan pronto como se sospeche que el inculpado padece cualquier debilidad, enfermedad o anomalía mentales, será mandado a examinar por los peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, el juzgador ordenará provisionalmente la reclusión del inculpado en manicomio o en departamento especial³¹⁰.

Inmediatamente que se comprueben las sospechas, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial³¹¹.

³⁰⁹ Artículo 498 Cfpp.

³¹⁰ Artículo 495 Cfpp.

³¹¹ Artículo 496 Cfpp.

Al cabo del procedimiento, en el que se haya comprobado la infracción a la ley penal y la participación que en tuvo el inculpado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, del defensor y del representante legal, si lo tuviere, el tribunal resolverá el caso, determinando la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad. La resolución en la que se dicte tal determinación, será apelable en el efecto devolutivo³¹².

Si el tratamiento impuesto es en internamiento, se procederá a la reclusión del inimputable en la institución correspondiente para su tratamiento, cuya vigilancia estará a cargo de la autoridad sanitaria federal de acuerdo con las disposiciones de la Ley Federal de Salud³¹³.

Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas³¹⁴.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso³¹⁵

³¹² Vid. artículos 497 Cfpp. y 67 Cp.

³¹³ Vid. artículo 499 Cfpp. y 74, 75 y 76 de la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984.

³¹⁴ Artículo 68 Cp.

³¹⁵ Dice García Ramírez: "Como se trata de una medida de seguridad de contenido terapéutico, acaso la más característica de todas, la resolución judicial no

En ningún caso la medida de tratamiento impuesta, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables³¹⁶.

En este sentido nos adherimos a la opinión de García Ramírez cuando dice que debiera recabarse una resolución judicial cuando sea necesario modificar sustancialmente la medida impuesta por el juez, darla por terminada o remitir al inimputable ante la autoridad sanitaria³¹⁷.

Por lo que se refiere al procedimiento para farmacodependientes debemos distinguir entre el procedimiento que se dirige al drogadicto que ha delinquido³¹⁸ y el que se destina a sujetos de la misma clasificación que no han infringido la norma penal. En el primer caso, el procedimiento es el ordinario, sea que desemboque sólo en pena, sea que culmine en la aplicación de pena y medida de seguridad, en su caso³¹⁹.

Así lo manifiesta el Código Penal al declarar que en caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o

causa estado. La medida es siempre revisable. en función de sus resultados sobre el sujeto". *Derecho procesal penal, cit.*, pág.842.

³¹⁶ Artículo 69 Cp.

³¹⁷ *Derecho procesal penal, cit.*, pág.842.

³¹⁸ El artículo 526 del Cfpp. dice: "Si el inculpado está habituado o tiene la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos y además de adquirir o poseer los necesarios para su consumo, comete cualquier delito contra la salud, se le consignará, sin perjuicio de que intervenga la autoridad sanitaria federal para su tratamiento."

³¹⁹ García Ramírez, *Derecho procesal penal, cit.*, pág.846.

psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido³²⁰.

Respecto del segundo supuesto el Código Federal de Procedimientos Penales establece ciertas disposiciones dirigidas a la intervención del Ministerio Público. Cuando éste tenga conocimiento de que una persona ha hecho uso indebido de estupefacientes o psicotrópicos, al iniciar su averiguación, se pondrá inmediatamente en relación con la autoridad sanitaria federal correspondiente para determinar la intervención que ésta deba tener en el caso³²¹.

Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público, de acuerdo con la autoridad sanitaria, precisará acuciosamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el indiciado. En este caso, y siempre que el dictamen hecho por la autoridad sanitaria indique que el inculpado tiene el hábito o necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario, ejercerá acción penal³²².

Una vez hecha la consignación y dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas³²³, se formula o se rectifica el dictamen en el

³²⁰ Tercer párrafo del artículo 67.

³²¹ Artículo 523 Cfpp.

³²² Artículo 524 Cfpp.

³²³ Artículo 19 constitucional.

sentido de que el inculpado tiene el hábito o la necesidad de consumir la droga y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al Procurador y pedirá al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación.

CAPITULO CUARTO

LA PROTECCION A LA LIBERTAD

FALTA PAGINA

165..a la 167

CAPITULO CUARTO

LA PROTECCIÓN A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

SUMARIO: 4.1. DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. 4.1.1. Libertad previa. 4.2. DURANTE EL PROCESO. 4.2.1. Libertad por falta de elementos para procesar. 4.2.2. Libertad absoluta. 4.2.3. Libertad provisional. 4.2.3.1. Bajo caución. 4.2.3.2. Bajo protesta. 4.2.3.3. Sin garantía. 4.2.4. Libertad por desvanecimiento de datos. 4.3. EL JUICIO DE AMPARO. 4.3.1. Amparo indirecto en materia penal. 4.3.2. Amparo directo en materia penal. 4.4. DURANTE LA EJECUCION. 4.4.1. Condena condicional. 4.4.2. Sustitución, conmutación y reducción de sanciones. 4.4.3. Remisión parcial de la pena. 4.4.4. Tratamiento preliberacional. 4.4.5. Libertad preparatoria.

Si bien es cierto que las personas pueden verse afectadas respecto de su libertad por una restricción a ésta, o bien, encontrarse privadas de ella, como efecto de acciones legítimas por parte de la autoridad, también es cierto que la libertad personal se encuentra rodeada de una serie de garantías que deben y pueden hacerse valer, aun cuando aquélla se encuentre limitada.

Dentro de estas garantías se encuentra la posibilidad legal de obtener la libertad o de disminuir la restricción, evidentemente con las precauciones que dicten las necesidades, ya de la averiguación, ya del proceso. Este ejercicio liberatorio que se compone de diversos mecanismos se encuentra previsto en todos los supuestos de privación o restricción de la libertad personal, pudiendo ser tramitados desde el acto mismo de captura, pasando por la averiguación previa, hasta la conclusión del proceso e incluso durante la ejecución, como lo veremos más adelante.

4.1. DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA

Este periodo, que como sabemos se desarrolla sede administrativa ante el Ministerio Público, se ha iniciado, para efectos del tema de este trabajo, con la detención del sujeto al que se señala como presunto responsable de la comisión de un hecho delictivo; por detención autorizada por el Ministerio Público (urgencia), o bien por haber sido detenido bajo el supuesto de flagrancia; a ellas ya hicimos referencia en el capítulo anterior; baste con esto situarnos en el mero hecho de la detención.

4.1.1. Libertad previa

Esta forma de libertad cautelar fue introducida en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, por reforma llevada a cabo en 1971. Se otorga en la fase de averiguación previa por el Ministerio Público. En el ámbito federal fue introducida por reforma al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales en 1976. Las disposiciones contenidas en dichos preceptos han sido reformadas en varias ocasiones; la última de ellas³²⁴, en los ámbitos federal y local, significó el fortalecimiento de esta garantía.

En el ámbito local³²⁵, esta liberación se concede mediante garantía en forma de caución, cuyo monto será determinado a través de disposiciones de carácter general que dicte el Procurador General de Justicia del Distrito Federal. En todo caso, deberá asegurar suficientemente la no sustracción a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del delito.

Esta posibilidad de libertad tiene lugar en las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuando la pena máxima no exceda de cinco años de prisión, en cuyo caso, el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención, pudiendo quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo.

³²⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994.

³²⁵ Artículo 271 del Cpp.

Además de la actualización de estos supuestos, en los que procede la libertad previa, es necesario para concederla que concurren diversas circunstancias. Estas son: que el inculpado proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga³²⁶. Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, se comprometa bajo protesta a presentar al probable responsable. Que no existan datos que hagan presumible que pretenda sustraerse a la acción de la justicia. Que se realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público, de la forma en que se reparará el daño causado. Solamente en caso de que no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto.

En tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, no se podrá otorgar la libertad, cuando el presunto responsable hubiese abandonado al lesionado, o hubiere

³²⁶ Los párrafos tercer y cuarto del mismo artículo 271 del Cpp, establecen que el inculpado debe comparecer ante el Ministerio Público cuantas veces se le solicite para la práctica de diligencias de averiguación, o ante el juez a quien se consigne ésta, quien ordenará su presentación y de no comparecer, se ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público, mandando hacer efectiva la garantía otorgada. Lo mismo hará el Ministerio Público, cuando sin causa justificada el probable responsable desobedeciere las órdenes que aquél dictare. La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el probable responsable ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución.

participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En el orden federal, el Ministerio Público dispondrá la libertad caucional del inculpado, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario, cuando no se trate de alguno de los delitos señalados como graves³²⁷, garantice el monto estimado de la reparación del daño, las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele, así como el cumplimiento de las obligaciones a su cargo³²⁸, y que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves. Asimismo, en tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiere incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otras sustancia que produzca efectos similares.

De acuerdo con una reciente adición al Código Federal de Procedimientos Penales³²⁹, se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, tenga domicilio fijo con antelación no menor de

³²⁷ Último párrafo del artículo 194, la calificación legal de "gravedad" atiende primordialmente a la forma en que se afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad. *Vid. Comentarios a las Reformas en materia penal y a diversas disposiciones legales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1994, pág. 103.

³²⁸ Las garantías y la caución a que se hacen referencia, pueden consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido. *Vid.* artículo 399 Cfpp.

³²⁹ Artículo 135 bis.

un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso, tenga un trabajo lícito; y que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

También se concederá la libertad sin caución, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, supuesto que excluye la detención y el auto de formal prisión, y funda, en cambio, el auto de sujeción a proceso³³⁰.

4.2. DURANTE EL PROCESO

Una vez dispuesto el asunto penal ante la sede jurisdiccional es posible decretar la libertad del inculpado. Estas acciones liberatorias, pueden darse dentro de las setenta y dos horas de plazo constitucional por detención ante el tribunal de la causa, como es el caso de la libertad por falta de elementos para procesar y el de la libertad absoluta. Se trata, como veremos, de dos figuras afines que operan en supuestos distintos. Una posibilidad más de obtener la libertad, aun mediando un proceso, es la libertad provisional. Analizaremos brevemente las diferentes modalidades de esta garantía.

³³⁰ "El liberado continúa sujeto al procedimiento y obligado a obedecer las órdenes que dicte el Ministerio Público en la averiguación previa. Si no cumple, el Ministerio Público puede hacer efectiva la garantía. Esta se cancelará, en cambio, si resuelve el no ejercicio de la acción penal.", García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.613.

4.2.1. Libertad por falta de elementos para procesar

El plazo constitucional de setenta y dos horas³³¹ puede concluir con la disposición del juez al dictar un auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso o auto de libertad por falta de elementos para procesar, éste último es, evidentemente, opuesto a los dos primeros.

Así, pues, si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado, es decir, que en este supuesto no opera el sobreseimiento de la causa, sino hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate³³².

³³¹ Término duplicable de acuerdo con el antepenúltimo párrafo del artículo 161 del Cfpp. "El objetivo que persiguió el legislador con el establecimiento de la ampliación del término constitucional de las setenta y dos horas, en el doble de ese tiempo para resolver la situación jurídica del inculpado, es el que se brinde a éste una mayor oportunidad de defensa y para que el juzgador resuelva teniendo en cuenta no sólo los datos que arroje la averiguación previa, sino también los elementos de prueba recabados dentro de dicho término y su ampliación, por lo que, si el juzgador omite estimar las pruebas del inculpado alegadas y desahogadas tanto en el término constitucional como en su extensión, tal hecho importa una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución". Tesis: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. AMPLIACIÓN DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL. Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Tomo V. Segunda Parte. 8a época. Enero de 1990, pág. 110. El primer párrafo del artículo 19 Constitucional, prevé que la prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley; sin embargo hay que subrayar aquí la intención del legislador al hablar de perjuicio para el inculpado, que no es el caso que prevé la legislación secundaria que se refiere a que el mismo puede ser duplicado a solicitud del inculpado o su defensor para su defensa.

³³² Artículo 167 Cfpp.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar se dictará dentro de las setenta y dos horas (duplicables), contadas a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad del consignado³³³. Respecto de los requisitos de forma, es necesario que este auto contenga los nombres y firmas del juez que lo dicte, así como del secretario que la autorice³³⁴.

4.2.2. La libertad absoluta

Procede dictar auto de libertad absoluta con efectos de sobreseimiento, conclusivos del proceso, cuando en este momento de la secuela procesal se acredita algún extremo que desvirtúe la pretensión punitiva que mediante la acción se hace valer³³⁵.

Corresponde al Ministerio Público promover el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpado una causa

³³³ "Cuando el juez deba dictar auto de libertad, porque la ausencia de pruebas de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad del indiciado dependan de omisiones del Ministerio Público o de agentes de la policía judicial, el mismo juez, al dictar su determinación, mencionará expresamente tales omisiones para que se exija a éstos la responsabilidad en que hubieren incurrido.", artículo 303 Cpp.

³³⁴ Vid. artículos 297 y 302 Cpp.

³³⁵ Cfr. García Ramírez, *Derecho procesal penal, cit.*, pág. 541.

excluyente de responsabilidad³³⁶. Esta resolución impide definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motivaron³³⁷.

4.2.3. Libertad provisional

Esta forma de libertad llamada provisional es una medida cautelar que persigue dos finalidades bien diversas; por un lado, asegurar los fines del proceso, y por el otro, proteger la libertad individual³³⁸. Es, además, el equivalente a la libertad previa que otorga el Ministerio Público en la fase de la averiguación previa³³⁹. Puede ser solicitada al juez que conoce de la causa en cualquier momento del proceso, generalmente se hace al momento de rendir el inculpado su declaración preparatoria; los

³³⁶ Artículo 138 Cfpp, en relación con los artículos 298 a 304, 6-8 y 660-667 del Cpp.

³³⁷ Artículo 139 Cfpp.

³³⁸ "La libertad que ahora nos ocupa pretende resolver la antinomia de intereses que se plantea entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquélla exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos peligrosos, éste reclama, en bien de la justicia, que no se le prive de libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad concreta por un hecho delictuoso. Semejante contraste se resuelve, en cierto modo, gracias a la institución que venimos examinando, ya que por ella al tiempo que se limita la libertad del sujeto, de manera mucho menos intensa que en la hipótesis de prisión preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculpado permanecer fuera de la prisión. De ello se sigue que este instituto está llamado a amparar a un tiempo los derechos de la sociedad y de la persona humana.", García Ramírez, *Derecho procesal penal*, cit., pág.585.

³³⁹ La reforma de 1993 hizo adiciones a las disposiciones relativas a la libertad provisional otorgada en sede administrativa o en sede judicial. Véase la obra *Importancia y perspectivas de las reformas penales*, V.V.A.A., Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 1994.

supuestos en los que se otorga son los mismos que en tratándose de la libertad previa durante la averiguación.

La libertad provisional es el derecho del inculpado a ser puesto en libertad, inmediatamente que lo solicite y si reúne los requisitos establecidos por la ley, que se ejerce ante el Ministerio Público y ante el juzgador. El auto que niega la libertad provisional bajo caución es recurrible a través de la apelación.

El artículo 399 del Cfpp dispone que los requisitos necesarios para la obtención de esta medida liberatoria son: que se garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

Como acertadamente señala García Ramírez, se ha eliminado toda posibilidad de garantizar a la víctima del delito el resarcimiento del perjuicio³⁴⁰. Asimismo resalta inadecuada la referencia a la legislación laboral, en todo caso las disposiciones relativas deberían estar contenidas en el Código Penal. Con esta fórmula, tampoco se garantiza la reparación del daño, cuando este es psíquico o psicológico, ocasionado por lesiones que afectan la integridad moral, por ejemplo³⁴¹.

Otro de los requisitos a cubrir es que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele. En este sentido el legislador debe referirse específicamente al cumplimiento de las sanciones

³⁴⁰ *Vid.* Texto reformado del artículo 20 constitucional, fracción I.

³⁴¹ *Cfr. El nuevo procedimiento penal, cit., pág.209.*

pecuniarias, y no a la garantía de las sanciones en sí. Y suponemos que se refiere a la multa.

Respecto de la caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso, esta carga económica impuesta al inculpado tiene la finalidad de asegurar su comparecencia oportuna al juicio, para reforzar la no evasión del inculpado a la acción de la justicia.

Estos tres requisitos a los que nos hemos referido podrán ser cubiertos en forma de caución o garantía que podrá consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido; esta última modalidad fue introducida por la reforma de 1993.

Finalmente, por lo que se refiere a los requisitos de la libertad provisional *in genere*, sólo habrá lugar a esta posibilidad de liberación siempre y cuando no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el último párrafo del artículo 194³⁴². Con esta reforma se suprime la intervención activa del juez en la determinación de los supuestos en que procede la libertad. Esa determinación es, en realidad, una "predeterminación" o un "prejuicio" legal³⁴³.

Existen tres modalidades de libertad provisional, a los que en seguida haremos referencia.

³⁴² En relación con los artículos 20, fracc. I C., 269, fracc. III, inciso g), 268 y 556 Cpp.

³⁴³ *Vid. García Ramírez, ult. op. cit. pág. 211.*

4.2.3.1. Bajo caución.

De la modalidad de libertad provisional bajo caución debemos distinguir entre dos tipos de garantía: la que asegura el pago de la reparación del daño, esto es, la protección a la víctima del delito; y por otro lado la que protege el interés del Estado, que se traduce en la obligación de garantizar el cumplimiento de las sanciones pecuniarias (multa), así como de las obligaciones que deriven a cargo del inculpado en razón del proceso.

Estas garantías, ya lo mencionamos, podrán ser cubiertas de distinta manera, la elección corresponde al inculpado³⁴⁴, y puede consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca y/o fideicomiso. La prenda y el fideicomiso constituyen las modalidades recientemente insertadas en la legislación. Respecto del fideicomiso³⁴⁵, la ley hace la innecesaria aclaración de que debe estar formalmente constituido, y es innecesaria porque al ser el fideicomiso una figura jurídica, es evidente que si no está formalmente constituido, esto es, conforme a las leyes aplicables, no existe tal.

Respecto de la figura del fideicomiso y su operatividad como garantía, García Ramírez³⁴⁶ nos dice:

Se puede pensar que la operación garantizadora del fideicomiso supone que el inculpado o un tercero que desea favorecer a aquél son fideicomitentes, y el Estado es fideicomisario y por eso recibirá, llegado el caso, los recursos del fideicomiso para satisfacer con ello los derechos del ofendido, los del propio

³⁴⁴ Artículo 561 del Cpp, en relación con los artículos 403, 412 y 413 del Cfpp.

³⁴⁵ Artículo 399, en relación con los artículos 412, 413 y 416 del Cfpp. y 562 del Cpp.

³⁴⁶ *Ult. op. cit., idem.*

Estado en lo que respecta a la multa y las obligaciones procesales del inculpado.

El monto de las garantías señaladas al inculpado deberá ser asequible y se fijará tomando en cuenta los antecedentes del inculpado; la gravedad y circunstancias del delito imputado; el mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse a la acción de la justicia; las condiciones económicas del inculpado y la naturaleza de la garantía que se ofrezca³⁴⁷.

Respecto del monto de la garantía del cumplimiento de las obligaciones que la ley establece al inculpado en razón del proceso, ésta puede ser reducida por el juzgador en la proporción que estime justa y equitativa³⁴⁸. El procesado o su defensor podrán hacer la solicitud de reducción que se tramitará como un incidente no especificado.

Respecto de la garantía en forma de depósito, cuando el inculpado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar de una

³⁴⁷ Artículo 402 Cfpp. y 561 Cpp.

³⁴⁸ Las circunstancias para sustentar la reducción que deberá considerar el juzgador son: el tiempo que el procesado lleve privado de su libertad; la disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito; la imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales, situación que podrá ser aplicada respecto del cumplimiento de la obligación impuesta a la reparación del daño y a las sanciones pecuniarias; el buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario; y otras que racionalmente conduzcan a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia. En tratándose de imposibilidad económica, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida, artículos 400 Cfpp y 560 Cpp.

sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parciales³⁴⁹.

El inculpado que ha obtenido la libertad caucional se hace acreedor a una serie de obligaciones³⁵⁰. La libertad bajo caución puede ser revocada y esta situación desencadenar varias consecuencias, como la reaprehensión del inculpado³⁵¹.

³⁴⁹ De acuerdo con las siguientes reglas: que el inculpado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el lugar en que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitos que le provean medios de subsistencia; que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución; el monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada, y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional, y el inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez. Artículos 404 Cfpp. y 562 Cpp.

³⁵⁰ Consisten en: presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al mismo tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no deberá ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no se lo podrá conceder por tiempo mayor de un mes. Artículo 411 del Cfpp. El artículo 567 del Cpp. establece que las autoridades ante las que deberá de presentarse para cumplir estas obligaciones son el Ministerio Público y el juez que conoce de la causa.

³⁵¹ Cuando se produzca cualquiera de las siguientes situaciones: cuando desobedeciere sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en generalidades; cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena de prisión, antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria; cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto o tratare de cohechar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervenga en el caso; cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente al tribunal; cuando aparezca con posterioridad que le corresponde al inculpado una pena que no permita otorgar la libertad; cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones que contrae al concedérsele la libertad provisional. En el caso de que haya sido un tercero quien garantice la libertad del inculpado, aquélla se revocará

4.2.3.2. Bajo protesta.

La libertad provisional bajo protesta se concede al procesado cuando la pena máxima del delito que se le imputa no excede de tres años de prisión³⁵². El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, por reciente reforma establece que podrá ser merecedor de este beneficio el inculpado cuando se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión³⁵³.

Los requisitos que deberá cubrir el inculpado para poder obtener este beneficio son: que no haya sido condenado por delito intencional; que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo, con residencia de por lo menos un año; que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir³⁵⁴; y finalmente, que a juicio

cuando el tercero pida que se le releve de la obligación y presente al inculpado; así como cuando con posterioridad, se demuestre la insolvencia del fiador. También se revocará la libertad, cuando el tercero que garantiza la libertad del inculpado no pueda presentarlo al tribunal, por lo que se hará efectiva la garantía, así como la reaprehensión del inculpado. Artículos 400, 412, 413, 416 del Cfpp. y 567, 568 y 569 del Cpp.

³⁵² Tratándose de personas de escasos recursos, el juez, podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años. Artículo 418 Cfpp.

³⁵³ En el caso de personas de escasos recursos, deja al arbitrio del juez concederla cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años. Por reforma de 10 de enero de 1994, artículo 552, fracc. VI.

³⁵⁴ El artículo 553 del Cpp. establece que la libertad protestatoria se concederá siempre, bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto.

de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia³⁵⁵.

La libertad bajo protesta se tramita como incidente no especificado. El inculpado que obtenga este beneficio se obliga a los mismos requerimientos que en tratándose de la libertad caucional. El requisito esencial para que el auto en que se concede dicho beneficio surta sus efectos, es que el inculpado proteste formalmente presentarse ante el tribunal que conozca del asunto, siempre que se le ordene, hasta ese momento no podrá comenzar la libertad bajo protesta³⁵⁶.

La revocación de la libertad bajo protesta procederá cuando el inculpado desobedeciere, sin causa justa y probada, la orden de presentarse al tribunal que conozca de su proceso; cuando cometiere nuevo delito, antes de que el proceso en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria; cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su proceso o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervenga en su proceso; cuando en el curso del proceso apareciere que el delito merece una pena mayor a la que se tomó para otorgar el beneficio; cuando dejare de concurrir alguna de las siguientes circunstancias: el domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal que

³⁵⁵ Podrá concederse al inculpado la libertad bajo protesta sin necesidad de cubrir los requisitos que se mencionaron cuando cumpla la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente el recurso de apelación. Artículo 419 Cfpp. Y además, en tratándose del fuero común en el Distrito Federal, cuando se hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. Artículo 555 Cpp.

³⁵⁶ Artículo 420 Cfpp.

conoce de la causa, deje el inculpado de tener profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir o, finalmente, que a juicio de la autoridad que concedió la libertad existan motivos bastantes para justificar el temor de que el inculpado se substraerá a la acción de la justicia; cuando recaiga sentencia condenatoria contra el inculpado y ésta cause ejecutoria³⁵⁷.

4.2.3.3. Sin garantía.

Esta es la modalidad más novedosa de la libertad provisional. Insertada por la reforma de 1993 en ambos códigos procesales³⁵⁸. No resulta, a nuestro modo de ver, acertada esta innovación. Si lo que se pretendía con esta adición era aumentar las posibilidades de excarcelación de los inculpados, sin que la obtención de ésta significara una carga económica, hubiera sido más aconsejable ampliar el número de hipótesis para otorgar la libertad provisional bajo protesta. Se ha relevado, con esta reforma, de la obligación económica, pero no sólo de ella, sino también de la obligación moral que implicaba la protesta, esto aunado al hecho de que al parecer, este tipo de libertad es irrevocable, ya que el legislador omitió citar los casos en que ésta se revocaría y como acertadamente señala García Ramírez³⁵⁹, no parece lícito cancelar un beneficio, que se tiene a título de derecho establecido en la ley, por motivos que determinan, según la misma ley, la cancelación de beneficios diferentes,

³⁵⁷ Artículos 421 Cfpp. y 554 Cpp.

³⁵⁸ Artículo 135 bis Cfpp y 133 bis Cpp.

³⁵⁹ Cfr. *El nuevo procedimiento penal mexicano, cit.*, pág.218.

por si se pretendiera aplicar las disposiciones relativas a la revocación de la libertad caucional o incluso, de la protestatoria.

Puede ser otorgada por el Ministerio Público, si es que se solicita en esta sede (averiguación previa), o por el juez que conoce de la causa. El supuesto esencial de esta libertad provisional sin garantía es que el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años³⁶⁰.

Como podemos apreciar el ámbito de aplicación de la libertad sin garantía es más amplio que el de la libertad bajo protesta³⁶¹

Se estima por una corriente de opinión, que este beneficio opera en sus términos cuando el resultado del ilícito no genere la reparación de un daño, pues si así lo es debe exigirse también un medio para garantizar tal aspecto, equilibrándose así el derecho a la libertad con aquél que gozan las víctimas u ofendidos y que también es motivo de amplia

³⁶⁰ Asimismo, deben concurrir las siguientes circunstancias: que no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia. "Vale advertir de nuevo que el riesgo, siempre existente, no puede ser calificado como fundado e infundado; lo fundado es la apreciación del riesgo; éste puede ser, en cambio, grave o leve; en todo caso, más o menos intenso.", García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano, cit.*, pág.217. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso (el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal dispone "domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada...", artículo 133 bis); tenga un trabajo lícito; y que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.

³⁶¹ Como explica García Ramírez, "en cuanto para aquélla se requiere que la pena de prisión aplicable al delito por el que se siga el proceso no exceda de tres años en su término medio (es decir, puede haber pena de entre dos y cuatro años, o entre uno y cinco, por ejemplo), en tanto que para la concesión de la protestatoria es preciso que la máxima -no la media- no exceda de tres años (artículo 418, fracción I)." *Loc. cit.*

protección constitucional; otra tendencia interpreta que, habiendo daño por reparar, se estaría en el caso de otro tipo de libertad³⁶².

4.2.4. Libertad por desvanecimiento de datos

Este incidente se tramita -en el fuero común-, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, en cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o la sujeción a proceso³⁶³.

La libertad por desvanecimiento de datos procede cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal³⁶⁴. Procede también, cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable, en cuyo caso, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso³⁶⁵.

³⁶² *Comentarios a las reformas...*, cit., pág.87.

³⁶³ Artículo 546 Cpp.

³⁶⁴ En este caso, la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso.

³⁶⁵ Artículos 547 y 552 Cpp.

En el orden federal, este incidente es procedente en cualquier estado de la instrucción; así como no implica el desistimiento de la acción penal. Finalmente, el Código Federal dispone que cuando el inculpado sólo haya sido declarado sujeto a proceso, se podrá promover este incidente, para que quede sin efecto esa declaración³⁶⁶.

4.3. EL JUICIO DE AMPARO

El amparo³⁶⁷ en materia penal es un recurso judicial extraordinario de protección a la libertad personal. Como vimos en el inciso anterior, los medios procesales y aún, los medios que pueden hacerse valer durante la averiguación previa, son los recursos ordinarios con que cuenta el imputado para evitar la restricción e la privación de la libertad.

El juicio de amparo es el recurso previsto por la Constitución como protección de los derechos de los gobernados frente a las actuaciones de las autoridades. Ha sido ampliamente discutida la naturaleza de esta institución³⁶⁸.

³⁶⁶ Artículos 422-426 Cípp.

³⁶⁷ Burgoa Orihuela dice que el amparo, "es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad, que en detrimento de sus derechos viole la Constitución indirecta y extraordinariamente a la legislación secundaria que se traduce a un procedimiento autónomo de carácter contencioso, que tiene por objeto invalidar, en relación con el gobernado en particular y a instancia de éste, cualquier acto de autoridad inconstitucional o ilegal que lo agravic.", *Diccionario de Derecho constitucional, garantías y amparo*. Porrúa, México, 1984, pág. 28.

³⁶⁸ Se le ha equiparado con la casación, los interdictos, e incluso se le ha tratado como institución política, a la que hasta hace poco tiempo sólo se le daba tratamiento desde el punto de vista sustantivo o constitucional. La opinión mayoritariamente aceptada afirma que se trata de un proceso y, por lo tanto, se

Descubrir la verdadera naturaleza del amparo es algo que poco o nada interesa a propósito de la restricción a la libertad personal, baste decir, que es un recurso tramitado en forma y con los requisitos de un verdadero proceso, en el que se cuestiona la constitucionalidad de los actos de autoridad que afectan la esfera de libertad de determinado sujeto. Sin embargo es importante, a propósito de su naturaleza y de la privación de la libertad su origen y desenvolvimiento pues de algún modo surge como protector de esa libertad, hablamos de la figura del *habeas corpus*.

Para Fix Zamudio, es la institución de *habeas corpus* la que debe considerarse como el germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente en cuanto su carácter físico o de movimiento, y por ello ha recibido con justicia el calificativo de "el gran writ"³⁶⁹.

Esta institución tutelar tiene su origen remoto en el interdicto romano *homo libero exhibendo*, así como los *writs de odio et atia* y de *mainprise*, el *Habeas Corpus Act*, consolidándose definitivamente en la legislación inglesa con la Ley de *Habeas Corpus* de 1679, que ha tenido una influencia excepcional en muchos países del mundo y que estableció las bases esenciales de este instrumento procesal, el cual, según dicho ordenamiento, procedía inclusive contra las órdenes de detención de la Corona. Este último documento se complementa con el instrumento

relaciona a esta disciplina con la teoría general del proceso; sin embargo, aún esta afirmación necesita ser matizada, o se trata de un recurso, o bien, se trata de un proceso, o de ambas.

³⁶⁹ *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid, 1982, pág.61, el subrayado es nuestro.

conocido como *Bill of Rights*. Se trasladó a las colonias inglesas en América como institución del *common law*, para ser adoptada finalmente en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, uno de los documentos inspiradores de la Constitución mexicana de 1857³⁷⁰.

En México, no figura la garantía de libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus*, en virtud de que se encuentra subsumida dentro del juicio de amparo, el cual abarca la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias, tema al que nos dedicaremos en este apartado.

El juicio de amparo tiene por objeto -para efectos de la protección a la libertad personal-, resolver las controversias que se susciten por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, como es el caso de los actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad dentro o fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución.

Únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su defensor, o por medio de algún pariente o persona extraña cuando así lo autorice la ley; y sólo podrá seguirse por el agraviado o por su defensor³⁷¹.

³⁷⁰ *Idem.*, págs.71 y 72.

³⁷¹ Son partes en el juicio de amparo, el agraviado o agraviados, que es aquella persona afectada en su esfera de derechos por el acto de autoridad; la autoridad o autoridades responsables, que es aquella que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado; el tercero o terceros perjudicados, que serán, en el caso que nos interesa, el ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que estos afecten dicha reparación o responsabilidad; así como el Ministerio Público. Artículos 4 y 5 de la Ley de Amparo, en lo sucesivo LA.

Se considera acto de autoridad cualquier resolución que afecte a los particulares o actos de ejecución con esa misma característica, provenientes unos y otros, de órganos del Estado, dentro o fuera de la órbita de sus atribuciones legales³⁷². Es este acto el que debe de considerarse para los efectos del acto reclamado.

Es autoridad responsable, para efectos del amparo en materia penal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado³⁷³.

El amparo puede ser promovido, de acuerdo con la naturaleza del acto reclamado, por dos vías, la que consta de dos instancias, del que conocerán los tribunales colegiados de circuito, o a través de única instancia, promovido ante juez de distrito; veremos ambos casos.

4.3.1. Amparo indirecto en materia penal

El amparo uninstitucional que se promueve ante juez de distrito procede en los juicios promovidos contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación³⁷⁴, o bien, contra la violación de garantías de los artículos 16, 19 y 20, fracción I, VIII y X, párrafos primero y segundo de la Constitución federal, que también podrá promoverse ante el superior del

³⁷² Cfr. Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al juicio de amparo*, 3a edición, Porrúa, México, 1990, pág. 7.

³⁷³ Artículo 11 LA.

³⁷⁴ Artículo 114, fracción IV LA.

tribunal que haya cometido la violación³⁷⁵. Este recurso podrá interponerse, por ejemplo, en tratándose de la orden de aprehensión, la detención, la incomunicación, o el auto de formal prisión e incluso, del traslado³⁷⁶.

Este juicio se inicia a través de una demanda, la que podrá promoverse en cualquier tiempo³⁷⁷ y generalmente deberá formularse por escrito³⁷⁸, en ella constarán el nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre; el nombre y domicilio del tercero perjudicado, si lo hubiere; la autoridad o autoridades responsables; el acto o actos que de cada autoridad se reclame, en donde el quejoso manifestará, bajo protesta de decir verdad, cuales son los hechos o abstenciones que le constan y que constituyen antecedentes del acto reclamado o fundamentos de los conceptos de violación; los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas, así como el concepto o conceptos de las violaciones³⁷⁹.

³⁷⁵ Artículo 37 LA.

³⁷⁶ De acuerdo con la Jurisprudencia de la Suprema Corte, la orden de traslado dictada por una autoridad administrativa en contra de un procesado o sentenciado para el efecto de cambiarlo de lugar de reclusión, afecta la libertad personal del reo, pues aunque ya se encuentre privado de la misma, debe decidirse en que lugar y en qué condiciones habrá de seguir sufriendo tal privación, consecuentemente, corresponde a un juez en materia penal el conocimiento del amparo respectivo. Cfr. la tesis LIBERTAD PERSONAL, ACTOS QUE AFECTAN LA INDEPENDIENCIA DE LA NATURALEZA DE LAS AUTORIDADES QUE LOS EMITAN. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL EL CONOCIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA CONTRA ELLOS. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación*. 8a época. Tomo I, primera parte-I, Tesis J/P. 19/88, pág.153.

³⁷⁷ Vid. artículo 22, fracción II y 23 LA.

³⁷⁸ Vid. artículo 3 LA.

³⁷⁹ Artículo 116, fracciones I, II, III, primera parte, IV y V LA.

Sin embargo, cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, bastará para la admisión de la demanda³⁸⁰ que se exprese en ella el acto reclamado; la autoridad que lo hubiese ordenado, si fuere posible al promovente; el lugar en que se encuentre el agraviado y la autoridad o agente que ejecute o trate de ejecutar el acto. En estos casos la demanda podrá formularse por comparecencia, levantándose al efecto acta ante el juez³⁸¹. En tratándose de cualquiera de estos casos o encontrándose el agraviado imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad. En este caso, el juez dictará las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, y, habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo³⁸².

Respecto de la suspensión del acto reclamado, procede en estos juicios de oficio o a petición de parte agraviada. Tiene lugar la primera, cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución o cuando se trate de algún otro acto que, si llegare a

³⁸⁰ De acuerdo con el artículo 16 de la LA., bastará para la admisión de la demanda, la aseveración que de su carácter haga el defensor, en cuyo caso se pedirá al juez o autoridad que conozca del asunto, que se le remita la certificación correspondiente.

³⁸¹ Artículo 117 LA.

³⁸² En caso de ratificarse la demanda, se tramitará el juicio; sino se ratifica, se tendrá por no presentada, quedando sin efecto las providencias que se hubiesen dictado, artículo 17 LA.

consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada. Se decretará de plano en el mismo auto en el que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento. Los efectos de esta suspensión de oficio únicamente consisten en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; en tratándose del segundo supuesto, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados³⁸³.

Cuando la suspensión es solicitada por el agraviado, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el juez de distrito, con la sola presentación de la demanda, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible, o bien las que fueren procedentes para el aseguramiento del quejoso, si se tratare de la garantía de la libertad personal, en cuyo caso la suspensión provisional³⁸⁴ surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido, bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora y

³⁸³ Artículo 122 y 123 LA.

³⁸⁴ "El juez de distrito siempre concederá la suspensión provisional cuando se trate de la restricción de la libertad personal fuera del procedimiento judicial...", 3er. párrafo, del artículo 130 LA.

sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, bajo la más estricta responsabilidad del juez de distrito, quien tomará, además, en todo caso, las medidas de aseguramiento que estime pertinentes³⁸⁵.

Promovida la suspensión, el juez de distrito pedirá informe previo³⁸⁶ a la autoridad responsable, quien deberá rendirlo dentro de veinticuatro horas; transcurrido dicho término, con informe o sin él se celebrará la audiencia dentro de setenta y dos horas, en la fecha y hora que se hayan señalado en el auto inicial; en la que el juez podrá recibir las pruebas documental, de inspección ocular y la testimonial en el caso de los actos a que se refiere el 17 de la misma ley, que ofrezcan las partes, las que se recibirán desde luego; y oyendo los alegatos del quejoso, del tercero perjudicado, si lo hubiera, y del Ministerio Público, el juez resolverá en la misma audiencia, concediendo o negando la suspensión o lo que fuere procedente³⁸⁷.

Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión³⁸⁸ sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, únicamente en lo que se refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el auto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de

³⁸⁵ Artículo 124 y 130, párrafos 1o. y 2o. LA.

³⁸⁶ De acuerdo con el artículo 132 de la LA, el informe previo se concretará a expresar si son o no ciertos los hechos que se atribuyen a la autoridad que lo rinde, y que determinen la existencia del acto que de ella se reclama... .

³⁸⁷ Artículo 131 LA.

³⁸⁸ Artículo 136 LA.

éste³⁸⁹. Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas, o por la policía judicial, como responsable de algún delito, la suspensión se concederá si procediere, sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda³⁹⁰.

4.3.2. Amparo directo en materia penal

Este juicio que se tramita en dos instancias es competencia de los tribunales colegiados de circuito y procede, respecto de la materia penal, contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por los tribunales judiciales penales, respecto de los cuales no procede ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento³⁹¹, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias o resoluciones indicados³⁹².

La demanda de amparo, en este caso deberá presentarse por conducto de la autoridad responsable que la emitió³⁹³. En el escrito de

³⁸⁹ En los casos de detención por mandamiento de autoridades judiciales del orden penal, o de auto de prisión preventiva, el quejoso podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a la ley.

³⁹⁰ En estos casos el quejoso podrá ser puesto en libertad provisional.

³⁹¹ Los supuestos en los que se considera que existen violaciones a las leyes del procedimiento se encuentran en el artículo 160 de la LA.

³⁹² Artículo 158 LA.

³⁹³ Artículo 163 LA, véase también el artículo 164, que prevé la presentación de la demanda en forma indirecta, ante autoridad distinta de la responsable.

demanda, además de constar los datos que para el caso del amparo indirecto se vieron, deberá expresarse la sentencia definitiva o la resolución que hubiere puesto fin al juicio, constitutivo del acto o de los actos reclamados; y si se reclamaren violaciones a las leyes del procedimiento, se precisará cual es la parte de éste en la que se cometió la violación y el motivo por el cual se dejó sin defensa al agraviado. Deberá expresarse también, la fecha³⁹⁴ en que se haya notificado la sentencia definitiva o resolución de que se trate, o la fecha en que haya tenido conocimiento el quejoso de la resolución recurrida³⁹⁵.

Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución del acto reclamado, respecto de éste corresponderá decidir a la autoridad responsable en los términos ya vistos, mandando suspender de plano la ejecución de la sentencia reclamada. Cuando la sentencia reclamada imponga la pena de privación de la libertad, la suspensión surtirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del tribunal colegiado de circuito competente, por mediación de la autoridad que haya suspendido su ejecución, la cual podrá ponerlo en libertad caucional si procediere³⁹⁶.

Una vez examinada la demanda y habiéndose encontrado procedente, se turnará al magistrado ponente, el cual tiene un plazo de treinta días para formular el proyecto de sentencia, el que, una vez formulando, se señalará día y hora para su discusión y resolución, en sesión pública, pudiendo aplazarse la resolución por una sola vez³⁹⁷.

³⁹⁴ Para efectos del cómputo del término de interposición de la demanda de acuerdo con lo señalado por el artículo 21, el cual será, en este caso, de quince días.

³⁹⁵ Artículo 166 LA.

³⁹⁶ Artículos 170, 171 y 172 LA.

³⁹⁷ *Vid.* artículos 177 a 182 LA.

Cuando el quejoso alegue entre las violaciones de fondo, la extinción de la acción persecutoria, el tribunal de amparo deberá estudiarla con preferencia; en el caso de que la estime fundada, o cuando, por no haberla alegado el quejoso, considere que debe suplirse la deficiencia de la queja, se abstendrá de entrar al estudio de las otras violaciones³⁹⁸.

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare³⁹⁹. Deberán contener los siguientes requisitos: la fijación clara y precisa del acto o actos reclamados, y la apreciación de las pruebas conducentes para tenerlos o no por demostrados; los fundamentos legales en que se apoyen para sobreseer en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado; los puntos resolutivos con que deban terminar, concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que sobresea, conceda o niegue el amparo⁴⁰⁰. El acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada⁴⁰¹.

³⁹⁸ Artículo 183 LA.

³⁹⁹ Esta es la llamada Fórmula Otero, artículo 76 LA.

⁴⁰⁰ Artículo 77 LA.

⁴⁰¹ Artículo 78 LA.

La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija⁴⁰².

4.4. DURANTE LA EJECUCION

Resulta importante -como paradójico-, hablar de la protección a la libertad en el periodo que comprende la ejecución de la pena de prisión. Esto es posible en tratándose de un sistema penitenciario como el mexicano, en el que la finalidad de la misma es la readaptación social; esto es, volver a vivir en libertad, y para ello cumple su finalidad la segunda fase del tratamiento penitenciario, el preliberacional, así como la remisión parcial de la pena, entre otras. Medidas encaminadas a la etapa final de la condena, la liberación. Existen otros mecanismos orientados a impedir que se aplique la pena de prisión, que la ley prevé, y que operan cuando esta pena ha sido impuesta, así como otros que impiden que esta se prologue. Estas pueden hacerse valer en el proceso o incluso una vez que ha sido dictada la condena. Todas ellas las veremos a continuación.

⁴⁰² Artículo 80 LA.

4.4.1. Condena condicional.

La condena condicional, no es otra cosa que la sustitución de la pena de prisión por el tratamiento en libertad; es decir, la suspensión de la ejecución de la sentencia, decretada por el juez cuando proceda, evitando así la encarcelación, a pesar de haber sido decretada una pena de prisión. Se puede obtener cuando la pena de prisión no exceda de cuatro años, que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir⁴⁰³. El sentenciado deberá otorgar garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; también deberá obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia⁴⁰⁴; desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que

⁴⁰³ *Vid.* artículo 90 Cp.; respecto de los delitos cometidos por servidores públicos, se requiere que el sentenciado satisfaga el daño causado, incluyendo la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito, u otorgue caución para satisfacerla.

⁴⁰⁴ Se trata de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, *vid.* fracción V, artículo 90 Cp. La vigilancia consiste de acuerdo con el artículo 50 bis Cp., en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad, tiene la misma duración que la correspondiente a la sanción impuesta.

produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y repare o garantice la reparación del daño causado.

Las pruebas que se promuevan para acreditar los requisitos exigidos para el otorgamiento de la condena condicional se rendirán durante la instrucción⁴⁰⁵, sin que el ofrecimiento de éstas, por parte del procesado, signifique la aceptación de su responsabilidad en los hechos que se le imputan⁴⁰⁶.

La suspensión de la condena condicional comprende la pena de prisión y la multa, en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso. Esta puede producirse en caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, en cuyo caso, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento

⁴⁰⁵ De acuerdo con el artículo 90 Cp., la condena condicional se otorga en el momento de dictar sentencia, esta procede a petición de parte o de oficio. Cuando por inadvertencia del reo o de los tribunales y reunidas las condiciones y requisitos para ello, no se obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, se podrá promover su concesión, a través de incidente ante el juez de la causa. En relación con el artículo 538 de Cfpp. Al respecto, una tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito establece, "Es cierto que de acuerdo con la Tesis Jurisprudencial número 51 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, Segunda Parte, pág.129), la condena condicional no constituye un derecho establecido en la ley en favor del sentenciado, sino un beneficio cuyo otorgamiento queda al prudente arbitrio del juzgador, también es verdad que, cuando se solicite tal beneficio, para negarlo el juzgador deberá razonar y motivar legalmente su determinación.", CONDENA CONDICIONAL. LA NEGATIVA DEL JUZGADOR DE CONCEDERSE EL BENEFICIO DE LA, DEBE ENCONTRARSE LEGALMENTE RAZONADA Y MOTIVADA. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo X, 8a. época, junio de 1992, pág.247.

⁴⁰⁶ Artículo 536 Cfpp.

de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción⁴⁰⁷.

4.4.2. Sustitución, conmutación y reducción de sanciones.

Las medidas sustitutivas de la pena de prisión pueden ser decretadas por el juez, atendiendo a las facultades que le confiere lo relativo a las disposiciones de aplicación de sanciones⁴⁰⁸. Estas medidas consistirán en trabajo en favor de la comunidad⁴⁰⁹ o semilibertad⁴¹⁰, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años; el tratamiento en

⁴⁰⁷ Fracciones IV y IX. del artículo 90 Cp., en relación con el 539 del Cfpp, que dispone que en tratándose de la revocación de la condena condicional, el tribunal que la concedió, procederá con audiencia del M.P., y del reo, así como de su defensor, si fuere posible, a comprobar la existencia de la causa que motiva la revocación y, en su caso, ordenará que se ejecute la sanción.

⁴⁰⁸ Particularmente los artículos 51 y 52 del Cp.

⁴⁰⁹ Consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o instituciones privadas asistenciales, este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingresos para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. *Vid.* párrafos tercero a sexto del artículo 27 Cp.

⁴¹⁰ La semilibertad implica alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. *Vid.* segundo párrafo del artículo 27 Cp.

libertad⁴¹¹, si la prisión no excede de cuatro años; o, la multa, si la prisión no excede de tres años. Para efectos de la sustitución⁴¹² se requiere que el sentenciado satisfaga los requisitos que mencionamos en lo relativo a la condena condicional y, de igual manera, se estará a lo relativo a la revocación⁴¹³.

La conmutación procede en tratándose de delitos políticos y corresponde hacerla al Ejecutivo, después de impuesta en sentencia

⁴¹¹ De acuerdo con el primer párrafo del artículo 27 del Cp., el tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. PENA DE PRISIÓN, SUSTITUCIÓN DE LA, POR TRATAMIENTO EN LIBERTAD. FINALIDAD. En términos de los artículos 27 y 70, en concordancia con el 90 fracción I, incisos b) y c) del Código Penal, el sustituir la pena de prisión por tratamiento en libertad de sentenciados tiene como finalidad que el Estado, bajo la orientación y cuidados de la autoridad ejecutora, aplique las medidas laborales, educativas y curativas para que se les reintegre a la sociedad; medidas que, como la del trabajo, permitan al beneficiario la obtención de ingresos que coadyuven en el sostenimiento propio y el de la familia; si se trata de las educativas, la de que el sentenciado se inicie o prosiga su capacitación para su desenvolvimiento técnico o académico, y si fuese necesario, en forma paralela a las anteriores, el que reciba la orientación física y mental apropiadas; todo ello con el propósito de que se readapte y logre su integración formal y productiva en el medio contra el que circunstancialmente atentó. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*, tomo II, Segunda Parte, 8a época, julio de 1988, pág.379.

⁴¹² La ley no establece un término para que el sentenciado se acoja a los beneficios otorgados por la ley en la sentencia condenatoria, al respecto una tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito dice "El beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad a que se refiere el artículo 70 del Código Penal, o cualquier otro que se conceda a un reo en la sentencia, puede condicionarse a que el sentenciado se acoja a él en un plazo determinado, advirtiéndosele que de no hacer uso del mismo dentro de ese lapso, se estime que ha renunciado al beneficio...". SUSTITUCIÓN DE PENAS. APERCIBIMIENTO IMPROCEDENTE PARA TENER POR RENUNCIADO EL BENEFICIO DE LA. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Segunda Parte, 8a época. Enero de 1989, pág.794.

⁴¹³ Artículos 70 y 71 del Cp.

irrevocable, cuando la sanción sea la de prisión, que se conmutará por confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión; y si fuere la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquél por un día multa⁴¹⁴.

Respecto de la reducción de sanciones, así como de la cesación de sus efectos, por vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable, el sentenciado podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la reducción de la pena o el sobreseimiento que procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles⁴¹⁵. Estos supuestos se producen cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, en cuyo caso, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado⁴¹⁶.

4.4.3. Remisión parcial de la pena.

La remisión parcial de la pena de prisión es un instrumento de reducción de la pena en función de la efectiva readaptación social del

⁴¹⁴ Artículo 73 Cp; *vid.*, además, los artículos 72, 74, 75 y 76, del mismo ordenamiento.

⁴¹⁵ Artículos 553 y 554 Cfpp.

⁴¹⁶ Tenemos, entonces, dos supuestos, cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término; y, cuando hubiese sido sentenciado entre el término mínimo y máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma. *Vid.* artículos 117 y 56 Cp. y 601-602 del Cpp.

interno, se apoya en el elemento objetivo del trabajo del mismo y consiste en que por cada dos días de trabajo se haga la remisión de uno de prisión. Para poder acceder a ella, es necesario, además, que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento, a que el reo repare los daños y perjuicios causados o garantice su reparación y revele por otros datos efectiva readaptación social, factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, y que estará determinada por la evaluación del Consejo Técnico Interdisciplinario.

Podrá hacerse valer ante la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, la que al disponerla establecerá las condiciones que deberá observar el reo conforme a lo relativo a la libertad preparatoria. Iguales reglas que para la revocación de ésta última, se observarán en lo relativo a la revocación de la remisión parcial.

El beneficio de la remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados por delitos contra la salud en materia de estupefacientes o psicotrópicos, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de violación; por el delito de plagio o secuestro; o por el delito de robo en casa habitación con violencia en las personas, todos ellos contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal⁴¹⁷.

⁴¹⁷ *Vid.* artículo 16 de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Prevención y Readaptación Social de Sentenciados (LNM en lo sucesivo).

4.4.4. Tratamiento preliberacional.

El Tratamiento preliberacional es la segunda parte del periodo de tratamiento, que de acuerdo con nuestro régimen penitenciario, tiene el sistema progresivo-técnico⁴¹⁸. Comprende diversos aspectos del tratamiento del interno, como información y orientación especiales y discusión con él y su familia de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad, lo que podríamos llamar asistencia pre-liberacional; métodos colectivos; concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; traslado a la institución abierta; y permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana⁴¹⁹.

1.4.5. Libertad preparatoria.

Los sentenciados a pena de prisión que se encuentran cumpliendo la condena, podrán obtener el beneficio de la libertad preparatoria⁴²⁰ o anticipada, cuando hubieren cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando se cubra una serie de

⁴¹⁸ Artículo 7 LNM.

⁴¹⁹ Artículo 8 LNM., se excluye del otorgamiento de este beneficio a lo sujetos que se encuentran previstos en los mismos supuestos que para la obtención de la remisión parcial de la pena.

⁴²⁰ *Vid.* artículos 540-548 Cfpp y 583-593 Cpp.

requisitos, así como que sea rendido previamente el informe del Consejo Técnico Interdisciplinario⁴²¹.

Los requisitos que deben cubrirse son: que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia; que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego⁴²².

La libertad preparatoria se solicita ante la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, acompañando al escrito de solicitud los certificados y demás pruebas que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados. Recibida la solicitud se pedirán a la autoridad ejecutiva de la institución en la que el sentenciado se encuentre compurgando la condena, los informes acerca de los dos primeros requisitos, además del dictamen del Consejo Técnico⁴²³.

En vista de estos informes y datos, se resolverá sobre la procedencia de la libertad solicitada y se fijarán las condiciones a que su concesión deba sujetarse. Estas condiciones son: residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de

⁴²¹ Artículo 84 Cp.

⁴²² Fracciones I, II y III, artículo 84 Cp.

⁴²³ Tratándose de delitos contra la salud en materia de estupefacientes o psicotrópicos, deberán pedirse informes en todo caso a la Procuraduría General de la República. 3er párrafo del artículo 541 del Cfp.

domicilio⁴²⁴; desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia; abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello sea requerida.

Una vez otorgada la libertad preparatoria se entregará al reo un salvoconducto para que pueda comenzar a disfrutar de ella, esta concesión se comunicará al jefe de la prisión respectiva, a la autoridad municipal del lugar que se señale para la residencia del mismo reo y al tribunal que haya conocido del proceso. Este salvoconducto deberá presentarlo el reo siempre que sea requerido para ello.

Procede la revocación de la libertad preparatoria, si el liberado no cumple las condiciones fijadas, salvo que se le de una nueva oportunidad; si el liberado es condenado por nuevo delito intencional mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será de oficio la revocación; pero si el nuevo delito fuere imprudencial, la autoridad competente podrá, según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución⁴²⁵. El condenado cuya libertad preparatoria haya sido revocada, deberá cumplir el resto de la pena. Los hechos que

⁴²⁴ La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda.

⁴²⁵ Fracciones I y II, del artículo 86 Cp.

originen los nuevos procesos interrumpen los plazos para extinguir la sanción; asimismo, se recogerá e inutilizará el salvoconducto⁴²⁶.

Como hemos visto en líneas anteriores la ley posibilita el empleo alternativo de la pena de prisión con otros mecanismos que garanticen la protección y seguridad de la sociedad. De este modo se concibe racional el uso de la sanción privativa, por lo menos en el texto de la ley. Debe fomentarse en la práctica la aplicación de estas disposiciones para disminuir el abuso que de la restricción y privación de la libertad se hace. Poco o nada se han practicado el empleo de estos mecanismos, salvo lo relativo a la libertad provisional y otras formas de libertad previstas para la averiguación previa y el proceso.

Las disposiciones relativas a la liberación anticipada, como son la remisión parcial y la libertad preparatoria, son suficientes para continuar los programas de liberación. No es necesaria la intervención del legislador en estos supuestos, por lo menos no ahora. Sin embargo, éstas no deben de ser empleadas como meras medidas para vaciar las cárceles y abatir la sobrepoblación. Estas disposiciones pretenden reducir el empleo de la prisión al mínimo necesario, por ello, deben hacerse valer, solamente cuando cada caso sea tramitado y resuelto con auténtico apego a la ley, tomando en consideración todos los supuestos y alternativas, estaremos en posibilidad de enfrentar los verdaderos problemas penitenciarios, que serán únicamente administrativos, habremos dejado atrás el olvido y la falta de disposición hacia la letra de la ley.

⁴²⁶ Ultimo párrafo del artículo 86 Cp., en relación con el artículo 548 del Cfpp.

CAPITULO QUINTO

PRISION PREVENTIVA

CAPITULO QUINTO

PRISION PREVENTIVA

SUMARIO: 5.1.CONCEPTO. 5.2.BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. 5.3. NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. 5.4.SITUACIÓN ACTUAL.

5.1. CONCEPTO

Ya nos hemos referido en un capítulo anterior a la prisión preventiva como lo que es, una medida cautelar⁴²⁷. Sin embargo, es necesario, a mi parecer, profundizar en el análisis de esta institución, por la frecuencia con que es empleada y por las implicaciones jurídicas y sociales que tiene en relación con el sujeto en particular, la sociedad en general, el Estado y el orden normativo de éste⁴²⁸.

⁴²⁷ Han sido expuestos también ciertos caracteres de esta medida, por los que se le considera en alguna proporción pena anticipada y/o medida de seguridad. *Vid.* el trabajo de Rodríguez Ramos, Luis, "La prisión preventiva, ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?", *La Ley*, Madrid, 1984, tomo 2, págs.1056-1059.

⁴²⁸ Marcelo Finzi, habla de severidad excesiva al referirse a la custodia preventiva, del siguiente modo: "Para darse cuenta de la gravedad de la disposición de

De acuerdo con Fairén Guillén, este acto o medida “pertenece a un proceso cautelar que se desarrolla como instrumental del de fondo, penal y está destinado a garantizar la presencia física del imputado (y luego, del acusado), hasta el momento en que se produzca una sentencia firme”⁴²⁹. Por este motivo esta medida comparte las características propias de las medidas cautelares, que de acuerdo con Fairén, son:

“a) instrumentalidad, lo que implica que está preordenada a una decisión definitiva, de la cual asegura la fructuosidad (la posibilidad de ejecutar, en su caso, una sentencia de condena a pena de privación de libertad); b) provisionalidad; c) obedecer a un *periculum in mora*, esto es, al derivado del lógico retraso con que se debe producir la sentencia penal al final del juicio; durante el cual, el imputado no sujeto a dicha medida cautelar, puede rehuir u obstaculizar la acción de la justicia; d) obedecer al principio *rebus sic stantibus*, esto es, resultar de una situación de hecho determinada, respondiendo a ella (sospecha de cometer o haber cometido un delito, como veremos) pero solo a ella, de tal modo que, si como resultado de nuevas investigaciones o actuaciones, queda desvirtuada esa “sospecha”, la medida de detención ya no responde a la base sobre la cual se decretó, y debe ser revocada; y e) la urgencia en el procedimiento para decretarla”⁴³⁰.

La prisión provisional, constituye una medida cautelar siguiente en gravedad a la detención. También consiste, como el nombre lo indica, en una privación de libertad, pero se diferencia de la medida anterior, en general -siguiendo a Fairén-, en que “la primera es temporal y limitada mucho, según el principio *dies certus an, certus quando*, en tanto que la

que se habla se debe pensar que hay delitos castigados con pena privativa de libertad de muy escasa importancia, que no suscitan alarma, que no denuncian en el culpable (que puede ser inocente) ninguna peligrosidad.”, *Prisión preventiva*, Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 73.

⁴²⁹ “La detención antes del juicio”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pág. 755.

⁴³⁰ *Loc. cit.*

FALTA PAGINA

208 a la 211

prisión provisional se rige por el principio *dies certus an, incertus quando*⁴³¹.

García Ramírez dice que la “preventiva es la prisión que se impone al procesado hasta que hay sentencia ejecutoria, o bien, hasta que se resuelve en firme sobre la extradición⁴³²”.

Se le llama prisión preventiva, así lo hace el texto constitucional, a aquella medida cautelar, excepcional, dictada por la autoridad judicial, personal, restrictiva y temporal que limita la libertad física en atención al desarrollo de un proceso criminal, que ha sido motivado por la comisión de un delito, sancionado por la ley con pena privativa de libertad⁴³³.

Se le llama prisión, a pesar de ser una medida cautelar y no una pena, porque consiste, precisamente, en el encarcelamiento del sujeto, previo a la resolución del litigio⁴³⁴. Y preventiva, porque como lo

⁴³¹ *Idem.*, pág. 760.

⁴³² *Derecho penal, cit.*, pág. 88. Este autor habla de los dos supuestos en que se da la preventiva, tanto en el proceso penal, como en procedimiento de extradición, al que ya hicimos referencia en el capítulo II. Esta medida está justificada en el auto de juez que ordena cumplir la requisitoria de extradición, y puede durar hasta sesenta días.

⁴³³ “Es una típica medida cautelar personal con la que, por un lado queda asegurado el contacto permanente del órgano instructor con el sometido a ella, y por otro lado, permite garantizar que, en su día, se podrá cumplir la condena que tal vez se imponga al sujeto en prisión, aunque ninguna de estas dos finalidades son esenciales, pues lo que induce a ordenarla es más bien, la peligrosidad del mismo y la importancia de la pena que se prevé que pueda imponerse. Incluso se podría decir que en ocasiones protege al mismo procesado, al que se aleja de cualquier venganza privada. Por sí misma no hay que considerarla una etapa en la línea de las medidas de aseguramiento, es decir, no siempre presupone una detención anterior que después se convierta en prisión, pues cabe la primera medida en relación con la persona que adopte un juez instructor sea la prisión.”, Pietro-Castro y Ferrandiz, *op. cit.*, pág. 258.

⁴³⁴ “Si bien la causa jurídica y la finalidad de la prisión penal y del encarcelamiento preventivo son radicalmente distintos, lo cierto es que ambos se

veremos más adelante una de sus funciones es prevenir la comisión de nuevos delitos⁴³⁵ o la desaparición de los elementos de prueba de éste.

La idea de prevención -nos dice Heinz Mattes⁴³⁶-, “se refiere al aseguramiento de los fines inmediatos del proceso penal (comprobación de la responsabilidad jurídico penal y ejecución eventual de la pena”; sin embargo, alude también, más allá de la exclusiva persecución de estos fines, “al aseguramiento necesario en determinadas circunstancias, de la sociedad frente a la persona del inculpado (que puede considerarse otro de los fines del proceso penal)”.

Debemos entender, por lo tanto, que esta institución, como el resto de las medidas cautelares, se traduce en una limitación de derechos

resuelven en privación de libertad...”: García Ramírez, Sergio. “Las medidas cautelares”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n/s. año VIII. núms.22-23, enero-agosto, México, 1975. pág.471. Como veremos más adelante tiene un efecto directo respecto del cómputo de la preventiva imputado a la pena que eventualmente se haya condenado.

⁴³⁵ Ha sido suficientemente probado que esta función asignada a la preventiva, poco cumple con lo que enuncia, como dice Piña y Palacios, este es un “fin que rebasaría su naturaleza procesal y sus posibilidades prácticas, salvo quizá, en forma puramente mecánica, en un régimen de aislamiento celular absoluto del enjuiciamiento. Se impide la comisión de nuevos delitos con ayuda de expedientes penales, reeducativos y readaptadores”. cfr. *Derecho procesal penal*, México, 1948, págs.137-138; atendiendo al sentido preventivo, por lo que se refiere a la reincidencia, Vela Treviño dice que tampoco cumple con la finalidad enunciada, por los altos casos de reincidencia que se producen a partir de la reclusión., cfr. “La desaparición de la prisión preventiva y de la libertad provisional”, *Criminalia*, núm.7, México, 1981, págs.8 y ss; yo considero que no hay que acudir a los índices de reincidencia para demeritar esta función de la preventiva; en un primer momento, si es posible la paralización de la actividad delictiva del infractor, pues se le impide la realización de hechos que constituyan o tiendan a provocar un nuevo delito, al tenersele bajo vigilancia permanente, esto es, recluso.

⁴³⁶ *La prisión preventiva en España*, versión castellana y notas de Manuel Gurdíel Sierra, Servicio de Publicaciones de la Fundación San Pablo (CEU), Madrid, 1975, pág.18.

subjetivos; como explica Fenech: “con ello -las medidas cautelares-, estamos en presencia de un fenómeno de ejecución anticipada o de limitación de los derechos personalísimos de los individuos para obtener los medios de prueba necesarios para reconstruir los hechos acaecidos en la realidad y que integran el objeto material del proceso”⁴³⁷. Para García Ramírez, es necesario agregar a este objetivo, “asegurar la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el fondo de la controversia y, en general, para preservar los fines buscados a través de los procesos de conocimiento y de ejecución”⁴³⁸.

Esta institución, desde su origen, se ha visto fuertemente criticada por la doctrina penal, pues recuerda, de algún modo, la arbitrariedad del sistema inquisitivo, “se sanciona para saber si se debe sancionar, se detiene para saber si se debe detener”⁴³⁹. En el fondo del problema de la prisión preventiva subyace el conflicto entre los intereses particulares y los generales⁴⁴⁰, encontrados en el proceso penal con motivo de la comisión de un ilícito, o como lo explica Pisapia, “el problema de la

⁴³⁷ *El proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1956, pág.158.

⁴³⁸ *El artículo 18 constitucional*, cit., pág.17.

⁴³⁹ García Ramírez, parafraseando a San Agustín quien sobre la “justificación” de la tortura decía: “los hombres torturan para saber si se debe torturar”, cfr. Prólogo, a *la Prisión preventiva y ciencias penales*, Barria López, Fernando, 2a edición, Porrúa, México, 1992, pág.12; en el mismo sentido De Luca: “se arresta para saber si se debe arrestar”, *Lineamenti della tutela cautelares penales. La carcerazione preventiva*, Milano, 1953, pág.35.

⁴⁴⁰ “La medida privativa ... es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección.”, Ascencio Mellado, José María, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, pág.29.

libertad personal comprende todas las hipótesis en que resulte limitado, en función del proceso, el interés del individuo a que la propia actividad externa -considerada en sí y por sí- no se vea turbada en modo alguno”⁴⁴¹.

Para Rodríguez y Rodríguez, la problemática de la prisión preventiva se plantea desde un triple aspecto, teórico, legislativo y práctico; tanto por el conflicto que con motivo de ésta se suscita, como por su falta de justificación. Menciona que entre los elementos que confluyen a suscitar tal conflicto y a fundamentar la falta de justificación hay dos esenciales:

“Primero, la necesidad de una reacción pronta e inmediata contra el delito, la cual no debe simplemente representar la respuesta de la justicia penal contra la actividad delictiva, sino que, al mismo tiempo, debe constituir un medio para preservar el desarrollo del proceso penal, impidiendo al delincuente continuar su actividad delictiva, sea fugarse, sea falsear las pruebas de su culpabilidad. Esta necesidad de la reacción inmediata constituye el elemento esencial de la aplicación de la detención preventiva.

Segundo, la contradicción en la que se encuentra el anterior elemento con el principio fundamental de la presunción de inocencia, dado que la aplicación de la detención preventiva afecta a una persona cuya responsabilidad está aún por establecerse.”⁴⁴²

⁴⁴¹ “Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nell processo penale”, *cit.*, pág.71.

⁴⁴² De ahí -nos dice-, que para la teoría general del derecho penal, la aplicación de la detención preventiva se traduzca por una permanente confrontación y un, al parecer, irreductible conflicto entre el interés individual y colectivo. *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, UNAM, México, 1981, pág.11.

Como dice Asencio Mellado⁴⁴³, la solución que se ofrezca al conflicto interés individual en la libertad-interés colectivo en la seguridad, plasmado en la prisión provisional, habrá de servir de termómetro respecto de “la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico”⁴⁴⁴, o como lo explica Goldschmidt, refiriéndose al proceso penal, “no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”⁴⁴⁵. En palabras de Del Pozzo, “es el más sensible patrón para valorar el carácter democrático, autoritario o desde luego totalitario de un ordenamiento”⁴⁴⁶.

Existen múltiples denominaciones con que llamar a esta institución, algunos doctrinarios le llaman detención, prisión, retención, reclusión, arresto, custodia o encarcelación, así como le califican de provisional, preventiva, preliminar, procesal, etcétera. Todas ellas se refieren a lo mismo. Algunas incluyen la detención y/o aprehensión, otras se justifican a partir de decretada la formal prisión, como lo veremos más adelante.

Para Rodríguez y Rodríguez, la detención preventiva es una “medida que implica el encarcelamiento de una persona en tanto se decide sobre el mérito de la acción emprendida en su contra: por regla general, salvo la excepción unánime tratándose de casos de flagrante delito y en algunos países tratándose también de casos de urgencia, su imposición está condicionada a la existencia de una orden o mandato judicial y su aplicación,

⁴⁴³ *La Prisión provisional, cit.*, pág.26.

⁴⁴⁴ Muñoz Conde-Moreno Catena, “La prisión provisional en el Derecho español”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pág.344.

⁴⁴⁵ *Principios generales del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1961, pág.110.

⁴⁴⁶ *Introduzione allo studio della libertà personale nel processo*, Milano, 1959, pág.22.

expresamente reconocida como excepcional, queda reservada para los delitos graves⁴⁴⁷.

Como observamos de la lectura de la definición de Jesús Rodríguez y Rodríguez, este autor comprende dentro del término prisión preventiva, a la detención; de igual manera se pronuncian Carrancá y Trujillo, Burgoa, González Bustamente, Piña y Palacios y Rivera Silva, entre otros⁴⁴⁸, quienes no sólo la identifican con ésta, sino también, con la aprehensión, la consignación, o el mero depósito en la cárcel o prisión. Volviendo con Rodríguez y Rodríguez, este autor considera que

“la detención implica el hecho del apriamiento, y preventiva, tomada en el sentido de acción encaminada a evitar anticipadamente que un hecho se produzca, sino en su acepción propiamente jurídica y referida a la detención, es decir, la que es aplicable a aquél que debe responder de una acusación formulada en su contra, no vemos el por qué deba diferenciarse la detención de la aprehensión o captura de una persona, siendo todos estos términos sinónimos; o bien distinguir entre detención y detención preventiva. llámese a esta última custodia, reclusión o prisión preventiva; o incluso subsidiarla en periodos sucesivos⁴⁴⁹”.

Desde nuestro punto de vista, la detención, de acuerdo con el tratamiento constitucional de esta institución, comprende como género tres hipótesis contenidas en diversos supuestos que son: la urgencia, la flagrancia y la orden de aprehensión, a los que ya hicimos referencia, en este mismo sentido, en el capítulo II. Siguiendo con el tratamiento del orden constitucional, la detención, no implica la prisión preventiva, ni ésta aquélla, en todo caso, como dice García Ramírez, la detención, en sentido

⁴⁴⁷ *Op. cit.*, pág. 14.

⁴⁴⁸ Citados por García Ramírez, *El artículo 18 constitucional*, cit., pág. 21.

⁴⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 15.

estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión, por el que se considera, como ya lo dijimos, formalmente preso el inculpado, en prisión preventiva⁴⁵⁰.

En idéntico sentido se manifiesta Mattes, la detención provisional es, en muchos casos, prácticamente, un estadio preliminar de la prisión preventiva. “Pero por su limitada duración tiene un carácter de interinidad mucho más acusado que la prisión, que puede abarcar la totalidad del proceso y no concluye antes que éste por imperativo de la ley, sino sólo por acuerdo judicial”⁴⁵¹.

Otros de los argumentos que debemos esgrimir para definir perfectamente la naturaleza de esta institución, son: los relativos al hecho que la motiva, a la autoridad que la dicta y al tiempo de su duración. La prisión preventiva está en nuestra legislación, fundamentada por mandato constitucional, en el auto de formal prisión, no por otro, similar o con idénticos resultados, sino por aquél, que debe de ser dictado bajo ciertos supuestos y cubriendo determinados requisitos, que ya hemos visto en el capítulo tercero.

En cambio, la detención y la aprehensión se fundamentan en mandatos distintos de aquél. De acuerdo con las disposiciones relativas, este auto debe de ser dictado únicamente por autoridad judicial, por un juez penal que sea competente para conocer del asunto; no es así, en el caso de la detención y la aprehensión, que pueden ser efectuadas por

⁴⁵⁰ *Ult. op. cit.*, pág.21. “Por lo demás -nos dice el autor-, es conveniente deslindar la detención de la aprehensión, simple acto material de privación de la libertad y del arresto, “prisión puramente correccional” o administrativa, sancionadora de faltas y no precautoria.”, págs.21-22.

⁴⁵¹ *Op. cit.*, pág.77.

cualquier persona, aquélla, o por mandamiento del Ministerio Público o por orden judicial, la segunda.

Se ha señalado el carácter excepcional de la preventiva, lo que significa que los casos de su procedencia están reservados a delitos que llevan aparejada sanción privativa de libertad, cuando de acuerdo con la ley no sea procedente la libertad provisional. Respecto de su duración, se ha entendido que por el hecho mismo de restringir la libertad de una persona, antes de que sea plenamente probada su responsabilidad por la comisión de un ilícito, debe durar el menor tiempo posible, es decir, debe de ser breve.

Este punto es uno de los más socorridos al momento de pugnar por la derogación de esta institución. La acumulación de procesos penales en los que el inculpado se encuentra privado de su libertad, la falta de celeridad en los procesos, la deficiente administración de justicia, hacen de este término breve, la eternidad de la incertidumbre. En cambio, sabemos con certeza cuándo concluye ésta, y esto es cuando se dicta sentencia sobre el asunto llevado a tribunales. La detención, ya lo dijimos, concluye con el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso.

Por las consideraciones anteriores no consideramos, como Rodríguez y Rodríguez, que la detención y la prisión preventiva sean una misma cosa, es decir, la privación de la libertad del presunto responsable⁴⁵²; pues las causas que las motivan son distintas, así como su procedencia, ejecución y finalidades. Si aceptáramos esto, no estaríamos lejos de aceptar que la preventiva y la pena de prisión son una misma

⁴⁵² *Vid. op. cit.*, págs. 15-18.

cosa. Finalmente ambas implican la privación de la libertad. Valgan los comentarios que hicimos al respecto en el capítulo II, utilizando los argumentos de distinguidos doctrinarios. Por lo que se refiere a las medidas restrictivas y privativas, se trata de dos medidas cautelares diversas, así deben de ser entendidas. Esta afirmación -que una y otra significan lo mismo-, lejos de resolver los problemas de justificación a que se enfrenta la medida cautelar, los acrecenta.

Por lo que se refiere a la procedencia de esta medida, recordemos lo visto en el capítulo II, a efecto de profundizar en algunos aspectos importantes.

Existen tres sistemas en cuanto a la determinación de la procedencia de la preventiva: el sistema fijo, por el que se establecen los supuestos en que necesariamente debe tener lugar; el indeterminado, en el que se le deja al juez en libertad para adoptarla si conviene a los fines del proceso y, finalmente, uno llamado mixto, que comprende a ambos⁴⁵³.

El sistema penal mexicano se acoge a las características del sistema fijo, puesto que siempre que se trate de delito castigado con pena corporal, habrá lugar a decretar la prisión preventiva. El término de pena corporal (artículo 18 constitucional), recientemente sustituido en el artículo 16 constitucional, por el de pena privativa de libertad, es motivo de severas críticas que se basan en que las penas aflictivas del cuerpo no existen en nuestro derecho, por haberlas desterrado el artículo 22 de la

⁴⁵³ Cfr. García Ramírez, *El artículo 18 constitucional*, cit., pág.28.

Constitución, por lo que comúnmente se identifica a este término con el de “pena privativa de libertad”; sin embargo, atendiendo⁴⁵⁴.

Además, es necesario para dictar el auto de formal prisión, que el término medio aritmético de la pena de prisión correspondiente al delito de que se trate, sea de cinco años, pues si es menor, tendrá lugar entonces la libertad provisional, evitándose la encarcelación. No basta sin embargo, que se cumpla con este elemento formal, es necesario, en cuanto al fondo, que se acrediten los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del inculpado.

A fin de evitar la prolongación excesiva de la prisión preventiva, se han establecido diversos mecanismos: la caducidad, por el que una vez transcurrido cierto plazo cesa automáticamente la prisión; la revisión, conforme al cual la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión; y el ecléctico, que combina ambos, revisión periódica y cesación del encarcelamiento después de corrido cierto tiempo⁴⁵⁵.

Nuestro sistema, es indefinido; por un lado establece la fracción VIII del artículo 20, el plazo en el que deberá concluir el proceso, que en tratándose de la penalidad a que se acoge la prisión preventiva, debe de ser de un año, por lo que concluido éste, debería producirse el cesamiento automático de la prisión. Ninguno de estos dos supuestos se aplica. Sin embargo, existe un límite temporal a esta medida, dispuesto por la fracción X, del mismo numeral, que indica que la prisión preventiva no se prolongará por deudas o responsabilidad civil, ni por más tiempo del que

⁴⁵⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵⁵ *Vid. García Ramírez, ult. op. cit., págs.31-32; Rodríguez y Rodríguez, op. cit., págs.23-25.*

como máximo fijare la ley al delito que motivó el proceso -no podemos dejar de pensar en aquéllos casos en los que se resuelve el litigio con una declaración de inocencia-; finalmente, en toda pena de prisión que imponga una sentencia, deberá computarse el tiempo de la detención (entiéndase aquí la detención misma y la prisión preventiva).

Existen algunas disposiciones extranjeras que se refieren a la brevedad del plazo, calificando éste de razonable. La Comisión Europea de Derechos Humanos, considera que si el periodo de la prisión provisional es o no razonable, debe de ser juzgado a la luz de circunstancias presentadas en cada caso.

El criterio de la comisión está basado en los siguientes siete puntos: a) la duración misma de la prisión provisional; b) la duración de la provisional en relación a la naturaleza de la infracción imputada, a la pena prevista para tal infracción y a la pena que puede resultar aplicable; c) los efectos personales sobre el preso preventivo, de orden material, moral u otros; d) la conducta del inculpado, que comprende 1) si el inculpado ha ayudado a acelerar o a retrasar la instrucción, 2) si se ha retrasado la instrucción por peticiones de libertad provisional, apelaciones u otros recursos, 3) si el inculpado ha pedido su libertad provisional bajo caución u otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio; e) las dificultades que plantea la instrucción del asunto; f) la forma en que la instrucción ha sido conducida; y g) la conducta de las instancias judiciales⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Cfr. Ruiz-Jarabo Colomer, Damaso, "La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo", *Poder Judicial*, núm.10, Madrid, 1984, págs. 150-157.

La conclusión en un caso concreto dependerá de una ponderación de los diferentes criterios en su conjunto. Es además tomado en cuenta, para efectos del cómputo del plazo breve de la preventiva, la aplicación del principio de proporcionalidad, por el que una parte de la duración de ésta ha de ser imputada al comportamiento del acusado⁴⁵⁷.

Por lo que se refiere al cómputo Carrara nos señala que la custodia preventiva es “razón de descuento y razón de indemnización”⁴⁵⁸. Respecto de si debe computarse o no el tiempo de la preventiva, en el caso de que haya sido impuesta pena de prisión, este mismo autor nos explica lo siguiente:

“Los cuatro sistemas de los que me limito a hablar son: a) El más riguroso, que yo llamo político, el cual niega breve y resueltamente cualquier descuento; b) el más benigno, que yo llamo jurídico, y que propugna indistintamente y siempre el descuento completo; c) el sistema arbitrario, que yo llamo empírico, el cual deja al arbitrio prudente del juez la facultad de descontar o no de la pena la encarcelación preventiva sufrida; d) y finalmente el sistema ecléctico, que divide la custodia preventiva en dos periodos, uno de los cuales lo reconoce como debido y no lo descuenta; el otro lo declara indebido, y quiere que sea constantemente descontado”.⁴⁵⁹

Finalmente explica por qué debe de realizarse el cómputo, desde la perspectiva de la justificación de la medida, al decir:

“...La encarcelación preventiva es *a priori* una injusticia necesaria. Cuando ella afecta al verdadero culpable, declarado tal por la condena, ella no puede volverse justa *a posteriori*; salvo que no se la refiera a las formas de represión, y de éste carácter saca su propia legitimidad. Ella se vuelve justa puesto que

⁴⁵⁷ *Vid.* Ruiz-Jarabo, cit., pág.156.

⁴⁵⁸ “Hoja de Trabajo cómputo de la prisión preventiva”, en Finzi, *op. cit.*, pág.30.

⁴⁵⁹ *Idem.*, pág.30.

afectó a un hombre que había merecido sufrir. Y si ella adquiere su legitimidad de la legitimidad de la represión, la custodia preventiva no puede al mismo tiempo asumir los caracteres de represión para justificarse a sí misma; y, al mismo tiempo, rechazar de sí los caracteres de represión para ser excluida del cómputo de la represión⁴⁶⁰.

En virtud de que se trata de una medida que implica reclusión es necesario mencionar las características del encarcelamiento. Este difiere, así lo dispone la ley, del encierro que caracteriza a la pena de prisión. Primeramente es necesario puntualizar la separación que ordena la Constitución entre procesados y penados; en segundo lugar, por lo que se refiere al régimen y tratamiento.

Para finalizar el inciso correspondiente al concepto de la prisión preventiva, me gustaría exponer aquí algunas reflexiones, que en torno a la denominación de esta institución han estado inquietándome. Me refiero a la denominación misma y a las implicaciones que ésta tiene desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia. Ya hemos mencionado en capítulos anteriores que el tratamiento constitucional, respecto de la imputación de un hecho delictivo a determinado sujeto, es más que en el sentido del principio de la presunción de inocencia, el contrario; esto es, de la probable o presunta responsabilidad⁴⁶¹. De igual

⁴⁶⁰ *Idem.*, pág.42.

⁴⁶¹ En el mismo sentido García Ramírez nos dice que "nuestra Constitución no coincide con el signo de esa presunción liberal, ... el proceso se funda en un presunción constitucional inversa: probable responsabilidad (artículos 16 y 19), expresión que los ordenamientos secundarios suelen traducir como "presunta" o "presuntiva" responsabilidad". Este mismo autor se pregunta "¿Sería posible que la Constitución dispusiera otra cosa? Si así fuese ¿quedaría suprimida la institución de la cárcel preventiva, por inconsecuente con la presunción de inocencia?; Prólogo a la *Prisión preventiva y ciencias penales*, cit., pág.15; el artículo 36 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, si consagra este

manera el tratamiento del presunto responsable que ha sido declarado formalmente preso y se halla en prisión preventiva, pues con el término prevención, se da por hecho que el sujeto cometió el acto ilícito y por lo tanto debe prevenirse la comisión de nuevo delito o, como lo veremos más adelante la posible alteración o desaparición de los elementos probatorios de su culpabilidad. Considero más adecuado el término prisión provisional, pues el adjetivo le está calificando verdaderamente con una de sus características, la temporalidad. Es necesario también revisar el término libertad provisional, por éste se entiende que si bien, el delito imputado tiene como sanción pena privativa de libertad, también es cierto que se puede obtener, bajo ciertos requisitos, la libertad. Aquí, nuevamente, el tratamiento es en sentido negativo, pues en vez de fortalecerse la presunción de inocencia, se da mayor crédito a los elementos que pueden acreditar la responsabilidad, haciendo de la libertad, en este caso, un derecho del inculpado con miras a ser revocado por su culpabilidad; en vez de un verdadero derecho que garantice su inocencia. No cabe duda que estas especulaciones semánticas pueden ser tachadas de superficiales, pero considero que si el principio de presunción de inocencia no se encuentra formalmente consagrado en las disposiciones penales, debe entonces de buscarse el medio de fortalecerlo aún como declaración tácita.

principio, al establecer que "el régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos".

5.2. BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La lenta evolución de la prisión preventiva ha estado caracterizada por constantes retrocesos⁴⁶²; así, cuanto se ha ganado en el campo de la protección a la libertad personal, se vuelve, por diversos motivos, al endurecimiento en la aplicación de esta medida.

La privación de la libertad tiene en sus orígenes más remotos la finalidad de la custodia y no la de pena⁴⁶³; por ello podemos decir que es más antigua la prisión preventiva como institución que la misma pena de prisión. Esto se debe a que no existiendo la pena de prisión como tal, sí se aplicaban, en cambio, otras penas, como la muerte, la mutilación o el tormento, para las que se requería la presencia física del inculpado. Así, el encierro cumplía la finalidad de tener a disposición al sujeto inculpado para poder matarlo o torturarlo. Así lo explica Grevi al decir que “en tiempos pasados la detención del imputado encontraba su justificación en la exigencia del poner a la persona a disposición de la autoridad para poder proceder a torturarla y así obtener la confesión”⁴⁶⁴. Este mismo autor nos dice que en la actualidad, la detención del imputado “obedece a fines de prevención, configurando la custodia como medio para impedir

⁴⁶² En el mismo sentido se expresa el Dr. Rodríguez y Rodríguez, para el que “la evolución de esta medida no siempre ha sido progresiva sino que, más bien, su desarrollo ha seguido un movimiento pendular, cuando no francamente regresivo.”, *op. cit.*, pág.28.

⁴⁶³ Para Ulpiano, “*carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent*”, Digesto, 48.19.8.9., *cit.*, por García Ramírez, *El artículo 18 constitucional*, *cit.*, pág.24.

⁴⁶⁴ “Libertá personale dell' imputato”, *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIV. *cit.*, pág.325.

venganzas por parte de los ofendidos”⁴⁶⁵ Y puntualiza que “en realidad se parte de la premisa errónea de que el imputado debe equipararse al culpable, siguiendo el pensamiento de los positivistas que rechazan la presunción de inocencia”⁴⁶⁶.

Es en el momento en que surge la pena de prisión como tal, que se produce la separación entre preventiva y pena, y si bien es cierto que su desarrollo, a partir de este momento, es paralelo, también lo es que se caracterizan, desde aquí, por rasgos diferenciados.

Podemos situarnos, para los efectos de la institución que nos interesa, en Roma, cuna de la civilización occidental, en donde la prisión preventiva, a pesar de su limitada aplicación, tiene ya los rasgos característicos que hoy en día, en mayor o menor grado, se reflejan en las legislaciones adjetivas de nuestra época.

En un primer momento, la prisión estuvo reservada a los prisioneros de guerra, en lo que se conoce como vincula romana, lugar de custodia que consistía en encadenar o atar a un lugar⁴⁶⁷.

Durante el imperio de las Doce Tablas -nos dice Rodríguez y Rodríguez⁴⁶⁸-, a partir de mediados del siglo V, aproximadamente, la detención que podía ser impuesta al inculcado, se transformaba en la custodia que en algunos casos podía quedar a cargo de particulares, a esta institución se conoce como *custodia libera* y, por ella, el inculcado

⁴⁶⁵ *Idem.*, pág.327.

⁴⁶⁶ *Idem.*, *loc. cit.*

⁴⁶⁷ Digesto 48.19.2-D 4.6.10, cit., por Barrita López Fernando, *Prisión preventiva y ciencias penales*, cit., pág.29.

⁴⁶⁸ *Op. cit.*, pág.19.

podía quedar en libertad, con la condición de que algunos ciudadanos respondiesen por él como fiadores (*vades publici*). Los inculpados quedaron exentos de la detención a partir de las *Leges Iulia de vi publica et privata*, pues la Ley de las Doce Tablas otorgaba plena igualdad al acusado y al acusador, debiendo ambos, permanecer en completa libertad; excepto en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.

En el Imperio Romano la detención preventiva durante la instrucción del proceso comprendía tres modalidades: *in carcelum*, reservada a los más grandes crímenes, que se cumplía en una cárcel pública; *militae traditio*, que confiaba la custodia del inculpado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél, y *custodia libera*, que ya vimos, ponía el inculpado bajo la guarda de un particular⁴⁶⁹.

De acuerdo con Rodríguez y Rodríguez, la conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar quedaba a la discreción del magistrado, quien para decretarla tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado, únicamente en casos de crímenes graves y de flagrante delito, en que se detenía al inculpado por orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad⁴⁷⁰.

Ya para los tiempos finales del Imperio la prisión preventiva había cobrado sus más comunes características, no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, nadie debía ser encarcelado sin estar convicto;

⁴⁶⁹ *Loc. cit.*; *vid.* Jiménez Asenjo, Enrique, *Derecho procesal penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, volumen II, pág.75.

⁴⁷⁰ *Idem.*, págs.19-20.

se procuró reducir la duración; la libertad provisional era de derecho, salvo en el caso de flagrante delito o de crímenes que hubiesen sido confesados; los inculpados contaban con protección contra las detenciones ilegales a través de la *Lex Favia de Plagiarius* y de la *Liberalis Causa*, verdadera acción de recuperación de la libertad que el afectado podía hacer valer mediante un *assertor libertatis*⁴⁷¹.

La herencia romana se hizo patente en el antiguo derecho español, por lo que la detención tuvo escasa importancia como medio procesal. Las Partidas señalaban que la detención preventiva debía aplicarse sólo a los acusados de delitos graves, sin que para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptasen fiadores, por el temor a su fuga u ocultamiento. La detención no se imponía como castigo de los delitos, sino para guardar a los imputados hasta que fuesen juzgados⁴⁷².

En la Edad Media, caracterizada por el procedimiento inquisitivo, se produce uno de los retrocesos a que hago mención en las primeras líneas de este apartado. Los logros obtenidos respecto de los derechos de los inculpados, principalmente el de la libertad, hasta que no se probase que fuera merecedor de pena, pasan a segundo término, por debajo del interés, que en ésta época adquirió el que ningún delito quedara impune, dado el concepto de mal público y las exigencias de mayor seguridad, lo que permitió el abuso en la indagación, persecución y ejecución de los delitos.

⁴⁷¹ *Loc. cit.*

⁴⁷² Partida 7a. título 29, leyes 1a., 2a. y 4a., *cit.*, por Rodríguez y Rodríguez, *cit.*, pág.20; *vid. García Ramírez, El artículo 18 constitucional...cit.*, pág.25; Barrita López, *op. cit.*, págs.31 y 32.

A principios del siglo XIV, los fines del procedimiento inquisitorio se reducían a dos; primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido⁴⁷³. “Durante el medioevo, la detención pierde su carácter excepcional, ya que en consonancia con el sistema inquisitorio, la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpaado y arrancarle una confesión”⁴⁷⁴.

Las prácticas bárbaras y crueles se extienden hasta finales del siglo XVIII, bajo el pretexto de una prevención que se realizaba por medio de la intimidación y del castigo ejemplar, en los que la tortura y el secreto del procedimiento eran rasgos característicos.

En nuestro país, el derecho prehispánico⁴⁷⁵ empleaba la reclusión como custodia más que como castigo, se reclusa a los inculpaados, al igual que a los condenados a muerte, a los prisioneros de guerra y a los esclavos destinados al sacrificio. En el derecho azteca existían tres clases de prisión. El *quauhcalli*, oscura, estrecha, con pésima alimentación, la de más ínfima condición, destinada a los presuntos responsables de delitos graves; el *petlalcal-li*, destinada a los inculpaados de infracciones

⁴⁷³ Rodríguez y Rodríguez, *cit.*, pág.21.

⁴⁷⁴ Pisapia, Gian Domenico, “Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel proceso penale”, *cit.*, pág.74.

⁴⁷⁵ Pueden consultarse entre otras obras: Mendieta y Nuñez, Lucio. *El Derecho precolonial*, México, Porrúa, 1937, págs.54 y ss; Flores García, Fernando, “La administración de justicia en los pueblos aborígenes de Anáhuac”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XV, núm. 57, enero-marzo, 1965, págs. 86, 115, 120-123; Quiroz Cuarón, Alfonso. “El régimen penitenciario de las entidades federativas”. *Criminalia*. año XXIX, núm. 12, México, 1963. págs.898 y ss.

leves y, el *teipiloyan*, donde eran reclusos los acusados de deudas. La detención de los nobles se cumplía en su domicilio⁴⁷⁶.

Fray Diego de Durán nos describe a la que bien podría ser el prototipo de la cárcel precortesiana, llamada el *cauhcalli* o *petlacalli*, la primera significa jaula o casa de palo, y la segunda casa de esteras.

“Era esta cárcel una galera grande, ancha y larga, donde, de una parte y de otra, había una jaula de maderos gruesos, con unas planchas gruesas por cobertor, y abrían por arriba una compuerta y metían por allí al preso y tornaban a tapar, y poníanle encima una loza grande; y allí empezaba a padecer mala fortuna, así en la comida como en la bebida... y así los tenían allí encerrados hasta que se veían sus negocios”⁴⁷⁷.

De la descripción detallada de Fray Diego de Durán desprendemos, que efectivamente existía la cárcel, pero tenía carácter provisional, esto es, hasta que se veían sus negocios, mientras eran juzgados.

Durante el periodo de la Colonia la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte. Es importante destacar, en este apartado, al Santo Tribunal de la Fe, que por Edicto de 1569 habla de la cárcel como penitencia, más no como medio preventivo. Las cárceles propias del Santo Oficio eran: la Secreta, en donde permanecían los reos incomunicados hasta la sentencia definitiva y la Perpetua o de Misericordia, a donde pasaban los que a ella estaban condenados⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Rodríguez y Rodríguez, *cit.*, pág.26.

⁴⁷⁷ Cfr. *Historia de las Indias de Nueva España e islas de la tierra firme*, edición de Angel Ma. Garibay, Porrúa, México, 1967, tomo I, pág. 18.

⁴⁷⁸ Cfr. Barrita López, *cit.*, págs.36 y 37.

Durante el movimiento de Independencia se conservó el carácter de custodia de esta medida y se limitó su procedencia a los casos de delitos sancionados con pena corporal. Se trasladó con este carácter a los numerosos textos constitucionales, incluyendo la efímera vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, influencia de la legislación europea de la época, hasta la Constitución de 1917⁴⁷⁹.

Es a finales del siglo XVIII que comienza la humanización de las penas y con ellas, la de la prisión preventiva, así como de la detención. Comenzaron a fijarse los casos de procedencia, el procedimiento y la duración, así como los mecanismos de defensa y las medidas destinadas a la obtención de la libertad, como los conocemos ahora. Un documento que cabe destacar es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía que sólo tendría lugar en los casos que determinara la ley y de acuerdo con las formas por ella prescritas. La adopción internacional de estos principios desencadenó un esperanzador movimiento en favor de los derechos de los inculcados sujetos a éste régimen, promoviéndose su carácter legítimo, excepcional, transitorio, breve y recurrible.

La fijación legal, primero, y la observancia y respeto de las disposiciones relativas, después, han ido marcando los avances y retrocesos de esta institución penal. Constituyen periodos de su evolución cada uno de los límites impuestos a esta medida, como su procedencia,

⁴⁷⁹ Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, artículos 72 y 74; Leyes Constitucionales de 1836, Ley Quinta, artículos 43-1 y 46; Bases Orgánicas de 1843, artículo 9-IX; Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículo 50; y Constitución de 1857, artículo 18; *vid. Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 1808-1975, México, Porrúa, 1975.*

duración, condiciones, etcétera. Dejemos para un apartado posterior la situación actual de la prisión preventiva.

5.3. NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Ya Carrara había calificado a la custodia preventiva de inmoral, sin embargo, este mismo autor reconoce que se trata de una injusticia necesaria, por lo que ha debido ser admitida por las leyes penales. “Necesaria⁴⁸⁰ -dice-, para formar el proceso escrito, para alcanzar la verdad, por la seguridad, para lograr la pena a fin de que el reo no se sustraiga a ella con la fuga”⁴⁸¹.

Para Asencio Mellado, la prisión provisional, aparece absolutamente necesaria en virtud de dos datos correlativos:

“el primero el retraso, el retardo en la tramitación de los procedimientos que hace obligada la adopción de cualquier medida que asegure los efectos que han de derivarse de la futura y probable pena que se impondrá; el segundo, los fines que están asignados a la resolución cautelar que aquí se trata. fines de carácter y naturaleza esencialmente asegurativos que encuentran su fundamento en la garantía de eficacia que el Estado está obligado a otorgar al procedimiento penal”⁴⁸².

⁴⁸⁰ “Triste necesidad social”, le llama Vicente Gimeno Sendra, en el prólogo a la obra *La prisión provisional*. Civitas, Madrid, 1987, pág.21.

⁴⁸¹ Carra. Francesco, “Pensamiento presentado al Congreso Internacional de Londres para la prevención y represión del delito”. Londres, 1872. en Marcelo Finzi. *La prisión preventiva, cit.*, págs.6-7.

⁴⁸² *Op. cit.*, pág.30.

Uno de los principales motivos por los que esta institución del Derecho penal es constantemente criticada es por su justificación⁴⁸³, pues aún encontrándonos, como aparentemente lo estamos, en un Estado de Derecho, garante de las libertades del individuo, no ha sido posible definir con toda precisión el objeto y las finalidades que persigue esta medida. Nos encontramos -ya lo habíamos dicho-, ante el enfrentamiento de dos intereses distintos, en el que no ha sido posible conciliar los argumentos a favor y en contra, ni siquiera para legitimar la aplicación de la prisión preventiva, sin que se levanten en contra numerosas voces, las que además, hay que decirlo, poco han contribuido a la resolución del conflicto.

Hablo aquí de necesidad de la prisión preventiva y no de justificación, porque no pretendo hacer aquí lo que los más calificados especialistas han pretendido -sin lograr- a través del tiempo. Me limitare a presentar algunas cuestiones relativas al objeto de esta institución, y a las finalidades que persigue, así como a las consecuencias que desencadena su aplicación. El lector podría pensar que entonces considero necesaria a la prisión preventiva, dejare para la última parte de este capítulo mi opinión personal.

Las funciones que han sido atribuidas a la prisión preventiva han sufrido -de acuerdo con Pisapia- una evolución que se puede resumir en

⁴⁸³ Como ya vimos, en el pensamiento de Carrara, esta institución es necesaria; sin embargo, puntualiza este autor: "Si tales necesidades son la sola justificación posible de aquella injusticia, es manifiesto que ésta no es tolerable; y es un acto de verdadera tiranía cuando cesan las razones antedichas." , *idem.*, pág.7; García Ramírez se expresa en el mismo sentido, al decir que, "será admisible la preventiva,... cuando se establezca para atender necesidades reales, y en la medida pertinente; cfr. Prólogo a la *Prisión preventiva y las ciencias penales*, Barrita, López, *cit.*, pág.13.

los siguientes pasos: “a) garantía para la ejecución de la pena; b) propósito aflictivo con carácter de pena anticipada de la sanción o ejemplaridad; c) coerción procesal encaminada a asegurar la presencia personal del imputado en el proceso y; d) prevención inmediata de la perpetración de delitos por parte del o contra el propio inculcado”⁴⁸⁴.

Tomando en consideración los supuestos de procedencia y en virtud, de que como ya hemos dicho, se trata de una medida cuatelar concluimos que esta medida precautoria tiene por objeto permitir que se desarrolle hasta su conclusión el proceso penal. A este objeto cumplen determinados propósitos generales y también podemos desprender de él una serie de fines específicos; estos nos permitirán resolver dos preguntas concretas: Qué se pretende obtener con la imposición de esta medida y para qué. Sin embargo, no podemos desdeñar la certera opinión de Gimeno Sendra, cuando dice, que a esta función cautelar, se han superpuesto otras funciones que obedecen a

“sentimientos de vindicta de determinados grupos sociales, sensibles al denominado ‘síndrome de inseguridad ciudadana’ y de cuya pertinaz presión ante los poderes normativos del Estado, han obtenido ya ‘buenos’ frutos, como lo son los estándares de ‘alarma social’ y ‘frecuencia’, a los que tanto se recurre para llenar las cárceles en situaciones de crisis social”⁴⁸⁵.

Originariamente la prisión preventiva representaba una garantía de la ejecución de la pena, puesto que impedía al inculcado sustraerse a ella por la fuga, a la vez que constituía una sanción aflictiva con carácter de ejecución anticipada de la pena o con fines de ejemplaridad. Más tarde,

⁴⁸⁴ Cfr. *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, cit., págs.73-75.

⁴⁸⁵ *Op. cit.*, pág.21.

una vez superada la confusión entre la prisión como consecuencia de la sentencia penal, y la prisión preventiva, en tanto que medida cautelar que no prejuzga sobre la culpabilidad del imputado, las funciones de esta institución se han vinculado con algunos de los anteriores, pero también con diversos imperativos⁴⁸⁶.

Rodríguez y Rodríguez ha clasificado los propósitos generales, en indirectos y directos: dentro de los primeros tenemos: “a) garantizar una buena y pronta administración de justicia; b) garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo; c) garantizar el interés social en la investigación de los delitos y; d) garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas. Dentro de los directos incluye: a) asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación; b) asegurar el éxito de la instrucción preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso y; c) facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado”⁴⁸⁷.

Este mismo autor dice que los fines específicos que persigue, son los siguientes: “a) asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo; b) garantizar la eventual ejecución de la pena; c) posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de defensa; d) evitar su fuga u ocultamiento; e) evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito; f) prevenir la posibilidad de comisión de

⁴⁸⁶ Cfr. Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pág.29.

⁴⁸⁷ *Idem.*, págs.29-30.

nuevos delitos por o contra el inculpado; g) impedir al inculpado sobornar, influenciar, intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices”⁴⁸⁸.

Para Fernández Entralgo, las distintas funciones asignadas a la prisión provisional pueden ser reducidas a cuatro, cuales son las de “evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y la ocultación de futuros medios de prueba, impedir la reiteración delictiva y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad en los casos que el delito haya causado alarma”⁴⁸⁹.

Como podemos apreciar, primeramente la prisión preventiva encuentra su razón de ser en la misma existencia del proceso penal, sin éste, aquélla no existiría; tiende a cumplir, de igual manera, una serie de objetivos, que son planteados por el procedimiento mismo, como son los relativos al cumplimiento de la ley penal, para el mantenimiento del Estado de Derecho, en el que la paz social sea restablecida y se consagre el imperio de la ley.

Tenemos, por un lado, una situación de excepción que se produce con la comisión de un ilícito, el quebrantamiento del orden y paz social, provocados por la alarma que este hecho produce en el seno de la sociedad, pero por el otro lado, tenemos la referencia legal, límite del poder público y garantía de los derechos del inculpado y de la sociedad.

⁴⁸⁸ *Loc. cit.*

⁴⁸⁹ “La prisión provisional”, *Revista General de Derecho*, núms. 496-497, enero-febrero, Madrid, 1986, pág.9.

Es indudable que la situación que acabamos de describir y que constituye un esquema de lo que significa el fenómeno prisión preventiva, produce determinadas consecuencias en tres ámbitos fundamentales: la sociedad, la administración de justicia y el individuo. Hablaremos en este apartado de los dos últimos y dejaremos para el siguiente los efectos que produce en la sociedad, sobre todo aquéllos de carácter económico.

Respecto de las consecuencias producidas en la administración de justicia, debemos decir, que la primera de ellas, es como en toda comisión de delito, la puesta en marcha del aparato represivo. Pero merece particular atención, el hecho de la prisión preventiva, por tornarse esta situación, especialmente urgente de resolución. Toda justicia debe ser pronta, expedita, pero es particularmente apremiante cuando se ve privado el inculpado de un derecho fundamental, como lo es la libertad. Es aquí donde la fragilidad de la justificación de esta medida puede vencerse, es por ello que debe insistirse en su brevedad, en su justa y estricta aplicación, en su excepcionalidad y en que no provoque ningún otro perjuicio que la mera reclusión. Beccaria nos explica magistralmente la prontitud de la pena de la siguiente manera:

“Tanto mas justa y útil será la pena cuanto mas pronta fuere y mas vecina al delito cometido. Digo mas justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; mas justa porque siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder á la sentencia sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda. El menos tiempo debe medirse por la necesaria duración del proceso y por la antigüedad de las causas que concede por orden el derecho de ser juzgado. La

estrechez de la cárcel no puede ser mas que la necesaria, ó para impedir la fuga, ó para que no se oculten las pruebas de los delitos. El mismo proceso debe acabarse en el más breve tiempo posible”⁴⁹⁰.

En este mismo sentido se manifiesta José María Asencio⁴⁹¹, para quien el derecho fundamental a la libertad se garantiza de dos formas distintas pero complementarias. “Por una parte, mediante la oportuna aceleración de los procedimientos penales y, en especial, aquellos en los cuales existan personas sometidas a prisión provisional”. Por otra, “a través de la limitación temporal del mantenimiento de la medida cautelar, hecho que actúa, en consecuencia, como remedio al inevitable retardo derivado de la lentitud de la justicia penal”.

Por lo que se refiere a las consecuencias que provoca en el individuo, tratándose del inculcado privado preventivamente de su libertad, la primera, es el encarcelamiento y con él la restricción en el ejercicio de otros derechos. Su esfera de derechos se ve sensiblemente afectada por la imposición de esta medida; el sujeto se encuentra en un régimen riguroso, *per se*.

Hemos hablado ya de las características de este encierro, pero no debemos olvidar que esta situación es a su vez provocadora de otras más difíciles de sobrellevar y que constituyen lo que se conoce como efectos negativos o desocializadores del encierro, y que son argumento común entre aquéllos que piensan que esta medida debería de ser desterrada de la legislación vigente. En virtud de esta situación el inculcado que ve

⁴⁹⁰ *Op. cit.*, pág.82.

⁴⁹¹ *Op. cit.*, págs.252-253.

afectada su esfera jurídica, se hace acreedor a una serie de derechos y obligaciones consagrados en la ley.

Igualmente se ven afectadas sus relaciones personales, particularmente por lo que respecta a su familia, pues la reclusión implica de cierto modo la desintegración familiar. Otro factor que se ve sensiblemente afectado, en este sentido, es la relación laboral, con importantes consecuencias para la economía familiar, también tiene implicaciones desde el punto de vista de la reparación del daño y del cumplimiento de las obligaciones económicas que puedan derivarse, a la conclusión del proceso, cuando se condene al inculpado al pago de éstos.

5.4. SITUACIÓN ACTUAL.

La llamada crisis de la prisión afecta también al régimen de la prisión preventiva⁴⁹². Constantemente es criticada debido a los problemas que enfrenta esta institución que, al mismo tiempo, es motivo de

⁴⁹² Carrara hablaba ya de los problemas compartidos de ambas instituciones y sugería, "que a los estudios de las cárceles penales se acompañen los estudios sobre las cárceles para encausados (*carceri giudiziarie*); para que aquéllos gobiernos que han señalado finalmente su deber de hacer obra para las reformas carcelarias, empiecen seriamente la obra reformadora de las cárceles para encausados. Ello lleva a dos modos de reforma: 1a. acelerar lo más posible y abreviar las encarcelaciones preventivas; 2a. y éstas, reducidas dentro de los límites de la más estricta necesidad, estructurar de manera que no sean tirocinio de pervertimiento moral.", "Pensamiento presentado al ...", cit., en Finzi, *op. cit.*, pág.10, este autor se cuestionaba entonces sobre la preferencia, en el tiempo; "es decir, si se debe empezar por las cárceles para encausados (*giudiziarie*) o por las penales (sistema celular)". ...la preferencia de anterioridad, debe darse a las cárceles para encausados (*giudiziarie*)", "Hoja de trabajo para la Comisión sobre la reforma carcelaria de 1872, en Finzi, *op. cit.*, págs. 16-17.

reformas. Ambos, los problemas y las reformas, han dado lugar a una institución contradictoria que se debate entre la supresión y la supervivencia, tanto por las dificultades por las que atraviesa, como por que no se ha encontrado el subsidiario que satisfaga las necesidades que, a pesar de todo, ésta procura o busca procurar a la administración de justicia.

Algunos de los problemas fundamentales que enfrenta esta institución son: el conflicto que provoca el choque de dos intereses igualmente legítimos, la ligereza con que es frecuentemente empleada, la prolongación excesiva, la falta de un régimen adecuado que cumpla con la disposición de separación entre sentenciados y procesados, el abuso de los cuerpos policíacos y los conocidos efectos nocivos e irreparables en la persona del detenido, entre otros.

Como ya hemos mencionado el conflicto se produce a raíz del enfrentamiento entre el interés del ser humano respecto de su libertad individual y, en un sentido más amplio, de su seguridad personal (física y jurídica), y, el interés del Estado en la prevención del crimen y la persecución de la delincuencia, en el respeto y cumplimiento de la ley.

Dice Rodríguez y Rodríguez⁴⁹³ que en cuanto al individuo, esta medida no puede justificarse por dos razones fundamentales:

“primero porque se impone a un individuo contra el cual sólo existen fundadas sospechas, indicios razonables, que hacen suponer que ha cometido o participado en la comisión de un delito punible con pena corporal, o lo que es lo mismo, se aplica a una persona todavía no declarada culpable mediante sentencia firme; y, segundo, porque si a todo hombre se le debe presumir

⁴⁹³ *Op. cit.*, pág.35.

inocente, hasta que no haya sido plenamente establecida su culpabilidad, no se puede privar de su libertad a aquél contra quien no existen todavía sino simples presunciones, aplicándole una medida que, en el fondo, no difiere de aquella a la que sería sometido si se declarase su culpabilidad”.

Para este autor, “la detención antes de juicio, durante éste y antes de la condena definitiva, es considerada como una violación incontestables del derecho fundamental del individuo a su libertad personal”⁴⁹⁴.

Por lo que toca al Estado, se debe considerar que esta medida es dictada conforme a derecho, es decir, “se trata de una medida legal por propia prescripción de la ley”, la que además establece sus condiciones y modalidades, por lo que su aplicación se explica en función “del derecho concurrente de la sociedad a la protección y seguridad, derecho que reclama la acción de la justicia”⁴⁹⁵.

Nos queda claro que esta medida legitimada por el legislador, no persigue otra cosa que la búsqueda del bienestar común, garantizando la acción de la ley y la protección de la sociedad, en un Estado de Derecho; sin embargo la aplicación práctica del régimen de la prisión preventiva por parte de las autoridades judiciales y policiales, se ha visto tachada de abusiva y arbitraria, e incluso se ha dicho que esta institución “ha sido tan mal comprendida, cuanto peor aplicada”⁴⁹⁶.

La escasa relación entre la ley y su aplicación, es casi siempre, el origen de las críticas formuladas a esta medida, pero no debemos olvidar

⁴⁹⁴ *Loc. cit.*

⁴⁹⁵ **Rodríguez y Rodríguez, *idem.***

⁴⁹⁶ **Castro Ramírez, cit., por Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pág.37.**

que en numerosos casos la legislación relativa, no responde a las necesidades actuales, siendo deficiente y obsoleta, por lo que también debe pugnarse por una adecuación legislativa, que atienda las necesidades reales de la administración de justicia, que garantice el estricto cumplimiento de la ley y que proteja verdaderamente los derechos del inculpado, para que su letra no quede como mera declaración dogmática alejada de la realidad social y jurídica que debería cumplir.

Las denuncias son frecuentes respecto de la insuficiente justificación con que se dicta, fundamentadas en consideraciones generales que poco o nada tienen que ver con las circunstancias graves, excepcionales y de seguridad pública que legitiman a esta medida, haciendo de ella la regla y no la excepción, aplicándose en casos, incluso, en que la ley excluye expresamente su procedencia⁴⁹⁷.

En numerosas legislaciones queda aún el vacío de la temporalidad de la preventiva, pues a pesar de consignarse la orden de su brevedad, en pocos casos se ha establecido término fatal que permita al inculpado tener seguridad respecto de su situación jurídica, además de que el excesivo prolongamiento no ayuda en nada a que se cumpla la ley, si produce en el inculpado poderosos e indelebles efectos⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Aún advirtiendo los problemas de seguridad derivados de la restricción del uso de esta medida, Rafael Conforti, Procurador General de la Corte de Casación de Florencia, declaró: "Admitimos que alguno se fuga. Este sería un inconveniente, pero cien veces menos que la encarcelación preventiva en los delitos correccionales, ya que la encarcelación preventiva lleva a la desolación y a la miseria de millones de familias", cit. por Carrara, en su "Discurso inaugural del año judicial 1873", en Finzi, *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁹⁸ Respecto de la custodia preventiva, en relación con su duración, Carrara nos dice: "Esta yo la consideré siempre, y la considero, como una de las grandes causas desmoralizadoras del pueblo, y, mirándola como tal, vi, en la desmedida dilatación

Por lo que se refiere al régimen de la prisión preventiva, podemos decir que este prácticamente no existe, pues en la práctica puede apreciarse que el que se sigue es el de la pena de prisión⁴⁹⁹. No basta con la declaración formal de la separación es necesario diferenciar también el régimen y el tratamiento, pues no se puede imponer uno, ni efectuar la readaptación, cuando se trata de sujetos en los que no ha sido decretado legalmente necesario.

Debe de regularse separadamente lo relativo a la educación y el trabajo, como mecanismos para lograr el ideal readaptador, consignado por las disposiciones de orden interno, pues es inadmisibles que pretenda aplicarse el mismo tratamiento en supuestos diametralmente opuestos, como es el caso del sujeto en que se ha declarado necesaria la aplicación de éste y, en tratándose de un individuo sujeto a proceso, en el que sólo existe sospechas de su culpabilidad, en el que se presume la necesidad de readaptación.

Como indica Asencio Mellado, "la exclusión del tratamiento penitenciario en la persona de los preventivos tiene como base la vigencia de la presunción de inocencia, principio que, en la medida en la que opera

que ha ella le han dado desde nuestras leyes, una verdadera calamidad pública", "Hoja de trabajo para la Comisión sobre la reforma carcelaria de 1872", en Finzi, *op. cit.*, pág.20.

⁴⁹⁹ "Que la prisión preventiva es material o realmente una pena privativa de libertad no sólo se deduce de la fenomenología (se cumple en la misma prisión que dichas penas y tiene idénticas consecuencias de segregación y de ausencia de libertad), sino también de la propia legislación penal que, aun cuando la rechaza formalmente como pena, la admite en cuanto tal al estimarle abonable el tiempo cumplido antes de la sentencia a efectos del cómputo total de duración.", Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pág.1056.

en el estadio procesal propio de tales sujetos, impide cualquier labor resocializadora que pudiera implicar un prejuizgamiento”⁵⁰⁰.

Esto no quiere decir que la preventiva se reduzca a la mera estancia del sujeto en el establecimiento; deben promoverse, a través de estímulos, el trabajo y la participación en las actividades educativas y culturales de la institución, pero esta participación deberá ser siempre voluntaria; evidentemente, se hará sobre la base de la presunción de inocencia; así como las actividades deberán ser organizadas tomando en cuenta la “corta duración de esta medida”, por lo que deben proponerse tratamientos adecuados y graduales.

Cabe mencionar también que el régimen debe de ser más benévolo que en el caso de los condenados, únicamente debe consistir en la custodia, esto implica mayores libertades dentro del establecimiento, así como el ejercicio pleno de sus derechos, pues en caso de declararse la inocencia del inculgado el perjuicio que se cause a éste será el mínimo necesario para cumplir con la ley. No bastarán los espacios físicos que se construyan para este propósito si no se cumple el mandato de separación y si no se aceleran los procesos en los que haya detenido⁵⁰¹. Estos lugares deberán ser de tránsito, y deberán estar acondicionados para estancias breves.

⁵⁰⁰ *Op. cit.*, pág.182.

⁵⁰¹ En opinión de Carrara, “la necesidad de reparo es urgentísima, y si una imposibilidad material se opone a la inmediata aplicación a las cárceles para encausados del sistema de segregación completa, es un deber que incumbe a las sociedades de nuestro tiempo (si quieren llamarse civilizadas) el de disminuir, por cuanto lo permita la seguridad pública, estas encarcelaciones preventivas que tan incautamente se han venido multiplicando.”. “Hoja de trabajo para la Comisión...”, en Finzi, *op. cit.*, pág.23.

Los constantes abusos y extorsiones que practican las autoridades policiales y de los centros de reclusión, son producto de la mala administración de justicia y penitenciaria, que no sólo afectan al interno, sino a la familia de éste y a la sociedad en general, fomentando el desconcierto y la desconfianza⁵⁰² hacia esta práctica que más allá de resolver el problema planteado por la comisión de un hecho delictivo, es caldo de cultivo de muchos otros en los que los sujetos activos son las mismas autoridades, quienes los cometen abusando de su autoridad y de la necesidad de los inculpados y de sus familias.

Es urgente modificar la práctica en este sentido, formando verdaderos cuerpos policiacos que cumplan con su deber con la ley en la mano, así como profesionales de carrera penitenciaria, en los que no quepa la ignorancia de la ley y el oportunismo, tantas veces justificado al amparo de la deficiente remuneración económica. Deben de formarse en ambos una verdadera vocación de servicio a la comunidad, insistiéndose en el respeto a los derechos humanos, aplicándose la ley con auténtico rigor y ejemplaridad en los casos de corrupción; en este sentido, la contaminación del ámbito penal ha hecho de éste nido de delincuentes a cuyo encargo queda confiada, por la ley, la libertad y la seguridad de las personas sujetas a su custodia.

⁵⁰² Además Carrara señalaba otra cuestión la disminución del efecto intimidatorio, al señalar, "si juiciosamente se quiere conservar a la cárcel el carácter y el efecto de pena temida por el pueblo, procurad que no se vuelva familiar y casi indiferente. Guardársela para los culpables reconocidos." O en el caso de "sospechas cuando lo exige la índole aterradora del crimen imputado", "Hoja de trabajo para la Comisión...", en Finzi, *op. cit.*, pág.25.

Son ampliamente estudiados y conocidos los efectos nocivos⁵⁰³ del encierro que producen en vez de la readaptación, la desocialización de los inculcados⁵⁰⁴, cuando no francamente su iniciación, a partir de la preventiva, de una carrera criminal. Es por ello que se encuentra en profunda duda, si esta reclusión preliminar sirve al propósito de prevención en la que aparentemente se basa.

La situación de encierro, en sí misma peligrosa y factor de numerosos síndromes y traumas en la persona del inculcado, se agrava cuando tiene éste que enfrentarse a un submundo en el que poco o nulo caso se hace de la ley, en el que tiene, para sobrevivir, que adaptarse a un gobierno anárquico y mezquino de quienes son y hacen la autoridad. Poco se imaginaron los que pugnaron por la abolición de la tortura y los tormentos como medio de obtener confesiones de posibles delitos, proponiendo a la preventiva como modelo de humanización, de la decadencia que vendría a experimentar desde su misma instalación. Y es que las detenciones y el encarcelamiento preventivo, más allá de convertirse en instrumentos de la ley, han pasado a ser objeto de

⁵⁰³ "En definitiva, la ansiedad, la angustia provocada por el desconocimiento de la situación en la que el sujeto se encuentra y, especialmente, la inconcreción del tiempo en que habrá de permanecer en prisión, dan lugar a que el cumplimiento de la medida cautelar presente una gravedad, en cuanto a las consecuencias padecidas por el interno, incluso superior a la derivada de la ejecución de una pena privativa de libertad.", Ascencio Mellado, *op. cit.*, pág. 183.

⁵⁰⁴ El artículo 34 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, dice en su fracción III, que durante la prisión preventiva se deberá evitar, mediante el tratamiento que corresponda, la desadaptación social del interno, así como propiciar cuando proceda su readaptación, utilizando para este fin el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, valga por lo que a esta disposición se refiera nuestro comentario relativo al tratamiento en la preventiva.

represión, en muchos casos más cruel que la represión legitimada, pues sigue ocultándose tras los muros y el silencio.

El factor económico debe considerarse cuando hablamos de la prisión preventiva como institución. Pues, como Carrara señala, esta institución debe estudiarse también, desde el punto de vista económico y en su relación con la moralidad pública.

“El primero debe de tomarse en cuenta al hablar de los recursos económicos destinados al sistema penitenciario, renglón sangrante de la economía de los gobiernos. Por lo que se refiere a la moralidad pública, la custodia preventiva desmoraliza a los honrados que desdichadamente son víctimas de ella, desmoraliza por natura propia y por la forma de actuarla”⁵⁰⁵.

Dos son los aspectos principales respecto de la cuestión económica, por un lado, la derrama del presupuesto del Estado, que no significa otra cosa que el costo que la sociedad debe pagar para construir y mantener estas instituciones, así como también el gasto que representa el sostenimiento de un elevado número de inculcados en espera de ser juzgados, como del aparato administrativo carcelario requerido a fin de garantizar la presencia del inculcado ante el órgano jurisdiccional.

Y por el otro, las consecuencias, que ya apuntábamos respecto del inculcado, los ingresos familiares, el cumplimiento de las obligaciones económicas y, uno más que es la indemnización, por lo que se refiere a la responsabilidad económica del Estado, en caso de que se resuelva por los tribunales la inocencia del inculcado, figura que no se encuentra prevista en la legislación mexicana, principalmente por el riesgo de que un

⁵⁰⁵ “ Pensamiento presentado al Congreso Internacional de Londres para la prevención y represión del delito”, Londres, 1872, en Finzi, *op. cit.*, págs.7-10.

inculpado sea absuelto por falta de pruebas o por un tecnicismo legal, sin que ello implique auténtica inocencia, lo que constituiría un nuevo problema para esta institución.

Desde mi punto de vista, no debe de ponerse en duda la existencia de esta institución, me parecen suficientes los argumentos que la legitiman como instrumento de aplicación de la ley. Por otra parte, no son de desdeñarse los argumentos esgrimidos por lo que se refiere al innegable padecimiento que entraña para el inculpado; sin embargo, no debemos olvidar que es finalmente el sujeto a quien van dirigidas las leyes, por quien se administra la justicia, pues es éste integrante de la sociedad a la que sirve. Corresponde a todos y cada uno, cuando así se requiera, responder ante la autoridad de las acciones que puedan lesionar el bienestar colectivo, será el cumplimiento de estricto de la ley la mejor garantía de que se vive en un Estado de Derecho.

Debe fomentarse al momento de legislar sobre la preventiva la compatibilidad entre disciplina y libertad, autoridad y respeto a la personalidad del interno, prisión e integración social, se debe decir -como nos indica Antonio Reinoso y Reino⁵⁰⁶- expresamente en las leyes, primero, para demostrarlo en la práctica, después.

Debe de buscarse el más justo equilibrio entre los dos intereses que se enfrentan en tratándose de esta medida; éste se logrará cuando no sólo se rodee de garantías la libertad de los inculpados, ni de su estancia en la preventiva, si no cuando se lleven verdaderamente a la práctica,

⁵⁰⁶ "Los derechos del detenido", *Libro en Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág.912.

cuando exista voluntad de cumplir y hacer cumplir la ley⁵⁰⁷. Es además necesario fomentar el uso e instrumentación de medidas alternativas, estas existen en la legislación actual -ya vimos algunas en el capítulo II-, para disminuir la excesiva frecuencia con que es dictada la preventiva, reservándola para los casos en que sea auténticamente necesaria⁵⁰⁸. Y cuando ésta proceda garantizar el cumplimiento de las disposiciones relativas al otorgamiento de la libertad provisional.

Debemos mencionar, por lo que respecta al régimen jurídico mexicano, las importantes reformas legislativas que se han promulgado, tendientes a disminuir el uso de la prisión preventiva, como son la destipificación, la incrementación de los delitos perseguibles por querrela, las medias alternativas, la libertad protestatoria, entre otras.

Hacemos nuestras las palabras de Gimeno Sendra, para quien

“es posible el paso de una justicia penal retribucionista a otra humana y rehabilitadora, para la cual se hará necesario convertir a la prisión en la excepción e instar del legislador la instauración de otras medidas cautelares ('control judicial', 'probation', etc.) que, garantizando la futura presencia del

⁵⁰⁷ Refiriéndose a los derechos del hombre, Bobbio nos dice, que lo que importa no es fundarlos, sino protegerlos. Y para protegerlos no basta con proclamarlos., cfr. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, págs. 9 y 20.

⁵⁰⁸ “Lo importante no es aprestar medios para atenuar la prisión preventiva ya decretada; lo importante, lo esencial, es evitarla o limitarla, impedir que se la decrete. ...La constante preocupación de la ley debe ser limitar la prisión preventiva a los casos absolutamente necesarios, reducir este supremo remedio a los más restringidos límites. ...Los códigos se preocupan por la suerte del imputado cuando “el incierto delincuente” sufre las angustias de la detención, hacen pensar que no es buena política legislativa la de tratar de remediar el daño cuando se pueden esquivar las causas que lo producen.”, Finzi, *op. cit.*, págs.77-78.

acusado, sean más respetuosas con el derecho a la libertad del ciudadano y con la presunción de inocencia⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ *Op. cit.*, pág.22.

CAPITULO SEXTO

PRISION PUNITIVA

FALTA PAGINA

253.a la 255

CAPITULO SEXTO

PRISION PUNITIVA

SUMARIO: 6.1. CONCEPTO. 6.2. BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISIÓN PUNITIVA. 6.3. INSTITUCIÓN PENITENCIARIA. 6.3.1. Sistemas penitenciarios. 6.3.1.1. Sistema Celular o Filadélfico. 6.3.1.2. Sistema Auburniano. 6.3.1.3. Sistemas Progresivos. 6.3.1.3.1. *Montesinos*. 6.3.1.3.2. *Maconochie*. 6.3.1.3.3. *Crofton*. 6.3.1.4. Sistema Progresivo-técnico. 6.3.1.5. Otros sistemas. 6.3.1.5.1. *Reformatorio*. 6.3.1.5.2. *Clasificación*. 6.3.1.5.3. *Instituciones abiertas*. 6.3.2. Institución y régimen penitenciario mexicano. 6.3.3. Corrientes substitutionista y abolicionista. El futuro de la prisión.

6.1. CONCEPTO

En alguna época la pena de prisión representó, por muchas cosas, la esperanza -“de punición justa y racional del condenado”⁵¹⁰-, del sistema

⁵¹⁰ García Ramírez, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, Editorial Logos, México, 1962, pág.202.

punitivo estatal. Con ella se pretendió dar fin a una larga y penosa historia de aflicciones corporales. Era la época de la ilustración, de la renovación, del nacimiento de instituciones al servicio de la humanidad. Surgió así, la cárcel como fenómeno y como institución.

Antes de pretender conceptualizar a la prisión punitiva, debemos explicar que al hablar de prisión, hay que hacerlo en un doble sentido: por un lado, en el sentido dogmático penal, a la pena privativa de libertad, como consecuencia prevista en un supuesto típico punible, aplicada como sanción a un sujeto determinado, en un acto judicial, producto de un proceso penal; y por el otro, a la prisión, como fenómeno jurídico y social, como sistema e institución.

Estos conceptos se correlacionan para dar por resultado un concepto lato de lo que es la prisión punitiva. De este modo explicamos el por qué de la denominación “prisión punitiva” y no “pena de prisión”, o simplemente “prisión”. Considero que esta identificación incluye a aquéllas que, por sí solas, sólo implican un aspecto concreto

Esto es así, porque desde mi punto de vista, el análisis de la prisión punitiva, debe hacerse de un modo integral y, no como problema aislado, ya legislativo, sustantivo, procesal o ejecutivo. De este modo queda comprendida como un fenómeno multifacético, a cuyo estudio convergen el Derecho penal sustantivo, el Derecho penal adjetivo, el Derecho ejecutivo y de éste, principalmente el Derecho penitenciario; así como la criminología, básicamente.

Pues como explica García Ramírez, la actividad punitiva del Estado y por lo tanto la lucha estatal contra el crimen se concreta, lógica

y cronológicamente en cuatro momentos que, siguiendo su orden de aparición, son: “de prevención, de conminación abstracta, de averiguación y enjuiciamiento y de ejecución”⁵¹¹. Para este autor la aparición de cada uno de estos momentos, surge del fracaso del precedente⁵¹².

La denominación “pena de prisión”, es un término complejo y de implicaciones múltiples. En primer lugar, como fenómeno axiológico, que desde el ámbito de la estructura de la disposición penal, como la consecuencia atribuida a un supuesto normativo que se llama tipo penal. Las sanciones penales, atendiendo a su naturaleza formal como consecuencias jurídicas del delito, son las penas y las medidas de seguridad, clasificación que atiende a su naturaleza material⁵¹³.

Siguiendo al maestro Porte-Petit, la norma penal es aquélla disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva, ya sea una pena o una medida de seguridad. Esta norma, en estricto sentido, consta de dos elementos: el precepto y la sanción⁵¹⁴. Para Manzini, precepto y pena son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal, tanto bajo el aspecto técnico-jurídico, como bajo el aspecto psicológico y sociológico⁵¹⁵. En el orden penal, los tipos y las sanciones se encuentran en preceptos que tienen rango de ley⁵¹⁶, en este sentido,

⁵¹¹ *La prisión, cit.*, pág.28.

⁵¹² *Cfr. ult. op. cit.*, págs.28-29.

⁵¹³ *Cfr. García Ramírez, Derecho penal, cit.*, pág.81.

⁵¹⁴ *Cfr. Apuntamientos de la parte general...*, *cit.*, pág.109.

⁵¹⁵ *Tratado de derecho penal, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1948, pág.235.*

⁵¹⁶ *Cfr. García Ramírez, Derecho penal, cit.*, pág.47.

están sujetos al principio de legalidad, "*nulum crimen, nula poena, sine lege*".

Como sanción impuesta a través de sentencia firme y ejecutoria⁵¹⁷, producto de un proceso penal, previamente establecido; en la que se impone a un sujeto particular la obligación de cumplir una condena en reclusión, por un periodo de tiempo expresamente determinado; y en la que atendiendo a la gravedad del delito de que se trate, de las circunstancias especiales en que se probó cometido y del delincuente, se determinará el grado en el que deberá de cumplirla⁵¹⁸.

A la prisión, como fenómeno jurídico y social; esto es, su función y ubicación en la sociedad, su *status* en el orden político y normativo del Estado⁵¹⁹. Finalmente, como sistema e institución que implica una estructura gubernativa y administrativa, regulación interna, clasificación, régimen, etcétera. En este sentido hablamos de la privación de la libertad corporal, ejecutada en un establecimiento especial, bajo un régimen particular, con una duración que puede variar, dependiendo del sistema penal que se siga.

⁵¹⁷ Lo vimos ya, en el capítulo III, cuando tratamos a la prisión como pena.

⁵¹⁸ Ya Hirschberg, en *La sentencia errónea en el proceso penal*, apuntaba la importancia del conocimiento directo de la personalidad del delincuente, al decir que con la ayuda del psicoanálisis criminal se "... abrirá el camino a un tratamiento más razonable de los infractores a la ley que el de la condena mecánica a penas privativas de libertad.", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, pág. 173.

⁵¹⁹ Se consideran, por ejemplo, el impacto social de la pena de prisión y del sistema carcelario en la sociedad, así como su tratamiento por el orden jurídico nacional, como es la Constitución, del mismo modo que los esfuerzos y programas del gobierno estatal en la lucha contra el crimen, entre otros.

Respecto de ésta es necesario subrayar dos elementos importantes, duración y régimen. Pues ésta puede ser de duración corta o prolongada; así como de máxima, media o mínima seguridad, referencia al grado en que se aplica. Antón Oneca, explica que se trata de penas -las privativas de libertad- de flexibilidad suma: "extensibles hasta el último momento de la vida e intensificables hasta el último extremo del padecimiento, o por el contrario, reducibles hasta un solo día en lugar comfortable"⁵²⁰.

Existen numerosos términos con que llamar a esta institución, prisión, cárcel⁵²¹, presidio, penitenciaría, todos ellos llevan implícito el concepto de pena. Por ello haremos algunas reflexiones sobre la pena, para poder pasar al concepto de la misma.

El estudio de las penas, como lo vimos en el capítulo III, corresponde a una disciplina llamada penología⁵²² que trata sobre su objeto, caracteres, finalidades, efectos prácticos, etcétera. Ya hemos visto la definición de pena que da Cuello Calón, veremos algunas más: para Constancio Bernaldo de Quirós, la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito; para Von Litz, es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor; para Castellanos Tena,

⁵²⁰ *Op. cit.*, pág. 530.

⁵²¹ La denominación de cárcel parece ser más frecuente en tratándose de la prisión preventiva, sin embargo Neuman apunta que la designación de cárcel como vocablo e instituto, se refiere genéricamente al lugar donde se cumplen las penas privativas de libertad, *op. cit.*, pág. 13.

⁵²² *Vid.* entre otros, Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Porrúa, la edición facsimilar, México, 1982; Cuello Calón, *La moderna penología*, *cit.*, *passim*; Marcó del Pont, *Penología*, Depalma, Buenos Aires, 1971, *passim*.

es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico⁵²³; para Mezger, la pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto⁵²⁴.

De estas definiciones podemos rescatar los elementos esenciales que caracterizan a la pena: es la reacción del Estado y por lo tanto de la sociedad, contra la delincuencia; esta acción está dirigida a un sujeto en particular, el delincuente, a quien es impuesta; actúa como compensador al pretender restaurar el orden quebrantado; implica la pérdida de un bien.

Desde nuestro punto de vista, la pena es la privación legal de un bien jurídico, reconocida, decretada y aplicada por el Estado, a un sujeto determinado, como consecuencia de su conducta, para conservar el orden jurídico, garantizando con ello, la seguridad de la comunidad, a través de la protección de bienes jurídicos y, finalmente, la pervivencia del Estado.

Cualquier definición de pena que se pretenda encontrará su razón de ser en su fundamentación, así lo ha probado la evolución de la teoría de la pena⁵²⁵, que ha basado su sustento en el mal provocado, en la aflicción padecida, en el deber violado, en la temibilidad y en la

⁵²³ Todo, en Castellanos Tena, *Lineamientos elementales de derecho penal*, cit., págs.317-318.

⁵²⁴ Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano*, cit., pág.711.

⁵²⁵ Vid. Von Hentig, *op. cit.*, *passim*, Carnelutti, *El problema de la pena*, cit., *passim*.

conversión del delincuente. Con ello han surgido numerosas teorías⁵²⁶ que justifican a la pena, podemos agruparlas en tres grandes rubros:

Las teorías absolutas, para las que la pena carece de finalidad práctica; ésta se aplica por exigencias de justicia absoluta. Resulta entonces que la pena es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado. Estas teorías se clasifican en reparatorias y retribucionistas. Como dice Landrove:

“En la más estricta formulación kantiana, la pena se impone exclusivamente porque el delincuente ha cometido un delito; la esencia de la pena es pura compensación, concebida como reparación o retribución. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena, para restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia. De ahí que para las teorías absolutas la pena sea un fin en sí misma -un puro acto de justicia- y no un medio para alcanzar otro fin”⁵²⁷.

A diferencia de las teorías absolutas que consideran a la pena como un fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en la sociedad. Para los partidarios de estas teorías, la pena es una “libre creación humana, que encierra todo su contenido en su relación a la mejora éticosocial del delincuente y de la sociedad”⁵²⁸. Dentro de las relativas, destacan dos: la prevención general y la prevención especial, de las que el mismo Landrove explica:

⁵²⁶ “La oposición, en cuanto a la pena, podrá parecernos una bagatela; pero ,en realidad, constituye el principio y el fin de todo derecho penal.”, Beristain, Antonio. *Derecho penal y criminología*, Temis, Bogotá, 1986, pág.74.

⁵²⁷ *Op. cit.*, págs.20-21.

⁵²⁸ Beristain, *op. cit.*, pág.75.

“La amenaza de la pena establecida en la ley tiene eficacia intimidante y en ocasiones, paraliza posibles impulsos delictivos; otras veces, la efectiva ejecución de la pena tiene un carácter ejemplarizador que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que la han propiciado.

La prevención especial tiene tres vertientes: a) se alude en primer lugar a la intimidación individual. El sujeto es intimidado por los efectos de la pena en él ejecutada y con ello se le aparta de la comisión de nuevos delitos; b) además, debe lograrse la recuperación social del sujeto que ha delinquido. Mediante la ejecución de la pena debe lograrse la corrección del delincuente, es decir, su adaptación a la vida colectiva; c) finalmente, se alude a la prevención especial por inocuización. La ejecución de la pena al delincuente supone que la sociedad queda protegida frente a él de modo provisional o incluso definitivo, cuando la pena es perpetua o de muerte”⁵²⁹

Por lo que respecta a las teorías mixtas, éstas comparten la idea de justicia absoluta, con una finalidad. La pena considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad. Siguiendo a Landrove, “el fundamento justificante de la pena radica en la previa realización por el sujeto de una conducta considerada delictiva por la ley. La pena es retribución por el delito cometido y, en consecuencia, con éste debe guardar la justa proporción”⁵³⁰.

Para Cuello Calón, quien al parecer se adhiere a las mixtas, la pena

“debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea

⁵²⁹ *Idem.*, págs.21-22.

⁵³⁰ *Loc. cit.*,

de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece"⁵³¹.

El fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad, sin embargo, ésta también debe actuar proporcionalmente⁵³², tanto en la sociedad como en el delincuente, para conseguir prevenir la comisión de ilícitos. Esto lo consigue la pena, a través de ciertas características: debe ser intimidatoria, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, servir de ejemplo para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida en comunidad, impidiendo así la reincidencia; eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según el grado de readaptación; proporcionada, esto significa, que deberá ser aplicada justamente, como equivalente al delito cometido.

Para Antón Oneca las penas privativas de libertad son idóneas para

"cumplir los fines preventivos de la pena, para la intimidación, porque el valor concedido en la sociedad moderna a la libertad hace que la representación de su pérdida sea estimada por todos los hombres normales como un mal que se debe evitar. Para la reeducación son las únicas penas aptas, pues esta finalidad sólo es realizable si se dispone de toda la vida del hombre en un internado. Para la

⁵³¹ *Derecho penal, cit.*, tomo I, pág.536.

⁵³² "Castigando se defendere", principio expuesto Castro, que usa Beristain, para explicar lo que la sociedad pretende con la pena, "Pretendemos llegar a la integración científica y vital de la defensa en la retribución, de la utilidad en la justicia", *op. cit.*, pág.90.

inocuitización sirve también, en cuanto el tiempo de reclusión permanece el penado en condiciones que le hacen difícil delinquir⁵³³.

El catálogo de penas es susceptible de clasificación. Atendiendo a su fin, Cuello Calón las clasificó en intimidatorias, correctivas y eliminatorias. Para Carrara, éstas pueden ser capitales, afflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias. Para Von Liszt, principales y accesorias o simultáneas y subsiguientes. Una clasificación que nos da Carrancá y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, contra la vida, corporales, contra la libertad, pecuniarias y contra determinados derechos⁵³⁴.

Es importante mencionar también respecto de las penas, un concepto destacado que es el de la individualización⁵³⁵. En un principio las penas estaban determinadas de modo absoluto, tanto por lo que hace a su naturaleza, como a su cuantía⁵³⁶. Posteriormente, con la Escuela Clásica⁵³⁷ afirmó que éstas debían de ser aplicadas cuantitativa y cualitativamente, en virtud de la gravedad de los delitos, debía corresponder el grado de la pena. Ello llevó al sistema de atenuantes y

⁵³³ *Op. cit.*, págs.530-531.

⁵³⁴ *Op. cit.*, pág.713.

⁵³⁵ "...la teoría penal sólo recoge el afán individualizador a fines del siglo, y principalmente por la obra relativa de Saleilles, publicada en 1898, donde se indicaba que la justificación y exigencia de individualizar la pena provienen tanto del interés general como de la justicia pura.", García Ramírez, *Represión y ...*, *cit.*, pág.150; véase el interesante artículo de Albaca, "Reflexiones sobre la individualización de las penas", *cit.*, págs.85-91.

⁵³⁶ "La vieja edad represiva no conoció hombres, sino delitos; no tratamiento, sino castigo. Y ante cada delincuente reaccionó con miope automatismo: tal crimen, tal pena. Ni más ni menos.", García Ramírez, *Represión y ...*, *cit.*, pág.149.

⁵³⁷ *Vid. Carrara. El problema de la pena, cit.*, entre otros.

agravantes, en el que también surgió, la consideración de elementos como las circunstancias personales del delincuente y las especiales del delito cometido.

La individualización de la pena comprende la relación entre ésta y el delito y entre aquélla y el delincuente. Se produce en tres fases, que de acuerdo con Saleilles⁵³⁸, son: la legal, la judicial y la administrativa.

La legal es la que de antemano formula la ley, la penalidad se condiciona mediante las agravantes y las atenuantes. La individualización judicial es la que hace la autoridad jurisdiccional al señalar en la sentencia la pena correspondiente al infractor, aquí es considerado el delincuente individual sometido a su jurisdicción, así como el hecho que se le incrimina con sus circunstancias, constituye la individualización propiamente dicha. Y, finalmente, la administrativa que resulta de la ejecución mediante la individualización judicial, a través del tratamiento y el régimen. en los que son considerados la conducta y participación del interno, así como su grado de readaptación.

De acuerdo con Ingenieros, tres son las principales formas que reviste el principio de individualización de la pena al pasar de la Criminología al Derecho penal: condena condicional, indeterminación del tiempo de la pena y liberación condicional⁵³⁹.

Una consecuencia directa del principio de individualización de la pena, es la llamada pena indeterminada. Esta consiste en someter a una persona a un régimen personal, si especificar el tiempo a que debe ser

⁵³⁸ *La individualización de la pena*, Reus, Madrid, 1914.

⁵³⁹ Cfr. *Criminología*, Editorial Hemisferio, Buenos Aires, 1953, pág.206.

sometida, ya que éste se determinará en función de la evolución que presente el interno, esto es, de su grado de readaptación.

Para Jiménez de Asúa no se trata de una pena indeterminada propiamente dicha, sino de “penas determinadas a posteriori, o ulteriormente determinadas, o penas de duración previamente indeterminada”⁵⁴⁰. Sin embargo debe observarse, el señalamiento de Cuello Calón, al indicar que “la indeterminación nace en la ley y sólo después deriva a las facultades del juzgador”⁵⁴¹.

Con estos elementos podemos aventurarnos en la definición de pena de prisión. La pena de prisión es la sanción penal privativa, temporal o permanente, de la libertad personal que se ejecuta en una institución especialmente creada para ese efecto, en donde se recluye al sujeto hasta el cumplimiento de la condena.

Como vemos, la mera definición de pena de prisión o privativa de libertad, nos da poca luz respecto de su sentido total. Por lo que preferiremos, para los efectos de este apartado, el concepto de prisión punitiva⁵⁴², la que en virtud de las consideraciones anteriores, entendemos

⁵⁴⁰ *La sentencia indeterminada*, T.E.A., 2a edición, Buenos Aires, 1948. págs.44-47.

⁵⁴¹ *La moderna penología, cit.*, pág.53.

⁵⁴² Considero que el término punitivo no es exacto, pues conlleva la idea de castigo, se asocia con la idea puramente retributiva de la pena. Sin embargo aun declarándose la función readaptadora de la pena de prisión, no debemos olvidar que esta medida cumple en principio como reacción ante el delito, no sería necesaria si no existiera en el sujeto que la sufre una previa “desadaptación”, la idea de readaptación no surge del propio sujeto, no éste quien la busca, es ésta la finalidad de la reclusión, pero es aplicada como consecuencia de la conducta del sujeto y de algún modo sigue y seguirá representando la idea de carga, de padecimiento, definitivamente no es equiparable a un beneficio, a un premio.

como una institución social y jurídica, que implica la privación de la libertad personal⁵⁴³, prevista por la ley, impuesta por un órgano especialmente facultado para ello, y ejecutada a través de un régimen por un lapso de tiempo determinado⁵⁴⁴, en el que buscan conseguirse determinados fines a través de un sistema, aplicado en una institución especial.

De esta definición general desprendemos cuatro elementos importantes: legalidad, duración, régimen, tratamiento. Es importante considerar también las causas que la determinan, las consecuencias que origina y la finalidad que persigue. Cuestiones en las que profundizaremos más adelante; sin embargo, para no perder de vista el tema, baste a modo de ejemplo, apegándonos estrictamente al sistema de ejecución de penas privativas de libertad mexicano, en cuanto a la legalidad, esta sanción penal, se encuentra prevista, como ya lo vimos en los artículos 14, 18 y 21 constitucionales, así como en sus leyes reglamentarias. Por lo que se refiere a la duración, el Código Penal del Distrito Federal, dispone en su artículo 25 que la privación de la libertad por pena de prisión será de tres días a cuarenta años y en algunos casos tendrá un límite máximo de hasta cincuenta años. En cuanto al régimen, está prevista la existencia de diversas instituciones especializadas que

⁵⁴³ Debemos decir nuevamente que se trata de una restricción, pues la privación absoluta no es posible, ni física ni psíquica, ni espiritualmente posible, esta limitación opera sobre diversas libertades que se suman en el término libertad personal.

⁵⁴⁴ En virtud del principio de indeterminación, el tiempo efectivo de duración podrá ser diferente al establecido inicialmente en la sentencia, pero no hay que perder de vista, que el juzgador, inicialmente, al dictar la sentencia condenatoria, fija un límite de tiempo, el que podrá ser menor en virtud de algunas circunstancias que veremos más adelante, por lo que se refiere al sistema mexicano.

atienden a los diversos grados de ejecución penal, tenemos, penitenciarias, instituciones abiertas, colonias y campamentos penales, instituciones de seguridad máxima, media y mínima, hospitales psiquiátricos y para infecciosos⁵⁴⁵. El tratamiento que se sigue en nuestro sistema penitenciario es el progresivo y técnico, basado en estudios de personalidad de los internos, así como en programas de capacitación, laborales y educativos⁵⁴⁶.

Dentro de las causas que determinan la prisión como pena, debemos decir que estas son jurídicas, sociales e individuales. Primeramente jurídicas, pues se trata de una disposición legal, atribuible en caso de que se cumpla el supuesto jurídico que la determina, así como cuando se estima procedente su aplicación en virtud de un juicio seguido ante los tribunales penales. Sociales, porque la razón principal de que esta pena esté prevista, es la protección de la sociedad contra la delincuencia, a través de la garantía de seguridad y de la salvaguarda de los intereses que ella misma ha considerado susceptibles de esta protección. Son las causas individuales aquéllas que han sido provocadas por el individuo en particular, por el delincuente, quien con su conducta ilícita ha desencadenado el funcionamiento del aparato represivo del Estado, que finalmente opera en él a través de la ejecución de esta pena. Las consecuencias que origina son primeramente, la reclusión del sujeto, y lo

⁵⁴⁵ Artículo 6 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

⁵⁴⁶ Artículo 7 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; 24 a 32 del Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social.

que ello implica, que veremos más adelante. La finalidad que persigue es lograr la readaptación social del mismo.

6.2 BREVE RELACIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO DE LA PRISIÓN PUNITIVA.

Puede parecer que la pena de prisión ha existido desde los primeros momentos de la humanidad, pero no es así. Constituye un modalidad penal reciente -apenas dos siglos-, a ésta le antecedieron en importancia y frecuencia la pena capital, el destierro y las corporales como la mutilación y el tormento.

Existía, sí, la privación de la libertad personal, la reclusión; sin embargo, como ya lo dijimos cuando tratamos el tema de la prisión provisional, ésta tuvo únicamente la función cautelar, la de custodia del sujeto para ejecutar en él otras penas, como la capital. No se veía entonces en la prisión ninguna otra finalidad que no fuera física, material.

Con la evolución del sistema punitivo, se va marcando una clara tendencia a pasar, de la aflicción corporal, a la aflicción moral; surgió entonces la cárcel como medio de corrección, de expiación. No se buscaba ya la eliminación del sujeto, sino su conversión, su arrepentimiento. Y a esta finalidad servía muy bien la prisión, entendida en incomunicación total, para que el reo, el penitente expiara su culpa. Veremos brevemente a continuación su evolución.

De acuerdo con algunos autores⁵⁴⁷ la prisión como pena fue casi desconocida en el antiguo derecho, esto es, antes del Derecho romano. Los pueblos que se conoce que tenían lugares destinados a las cárceles, fueron el chino, babilónico, hindú, persa, egipcio, japonés y hebreo⁵⁴⁸. Incluiremos en esta clasificación para efectos de este apartado, al derecho prehispánico⁵⁴⁹, que si bien, cronológicamente no es este su lugar, lo emplearemos como antecedente destacado de la pena privativa de libertad en nuestro orden penal.

En el derecho hebreo, la prisión tenía dos funciones: una evitar la fuga y otra servir de sanción, la que era aplicada de por vida, pues se consideraba indigno de vivir en sociedad al infractor de la ley. Poseía una fuerte influencia religiosa. Existen en los textos bíblicos numerosas alusiones a la prisión como pena. Existían diversos tipos de cárceles, según las personas y la gravedad del delito cometido. Una de ellas descrita por el marqués de Pastoret, "que no tenía más de seis pies de elevación y eran estrechos a tal grado que no podía extenderse en él el delincuente, a quien se le mantenía solamente a pan y agua, hasta que su extrema debilidad y flaqueza anunciaban una muerte próxima, pues entonces se le añadía un poco de cebada"⁵⁵⁰.

Respecto del derecho prehispánico, mencionaremos dos ejemplos que constituyen las culturas primitivas más avanzadas, la azteca y la

⁵⁴⁷ Consúltense las obras de Cuello Calón, *La moderna penología*, cit.; Marcó del Pont, *Penología*, tomo I.

⁵⁴⁸ Marcó del Pont, *Penología*, cit., pág.64.

⁵⁴⁹ Véase la obra de Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, 3a edición, Porrúa, México, 1986.

⁵⁵⁰ Cit. por Marcó del Pont, *penología*, cit., pág.36.

maya. Entre los aztecas fue poco conocida la cárcel como pena, según Vaillant, la restitución del ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, así como el destierro y la muerte⁵⁵¹; este mismo autor nos dice que el temor a las leyes aztecas impidió en esta cultura recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Se empleaban jaulas y cercados, antecedente de la preventiva, para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos⁵⁵².

De acuerdo con un extenso catálogo de delitos y pena proporcionado por Carrancá y Rivas, desprendemos que la privación de la libertad como pena fue conocida entre los aztecas de tres formas distintas: pérdida de la libertad, la esclavitud y la cárcel. Esta última fue aplicada en caso de riña.

Para los mayas la cárcel cumplía la finalidad de retener al delincuente y al cautivo, en espera de la aplicación de la pena o sacrificio. Fue conocida la privación de la libertad, como excepción penal, y era la esclavitud perpetua. Carrancá y Rivas dice que también se utilizaba la cárcel para los prisioneros de guerra, los condenados a muerte, los esclavos prófugos, los ladrones y los adúlteros⁵⁵³.

Eligio Ancona, en su *Historia de Yucatán*, nos dice que

“la prisión nunca se imponía como un castigo; pero había cárceles para guardar a los cautivos y a los delincuentes, mientras llegaba el día de que fuesen conducidos al sacrificio o de que sufriesen la pena a que habían sido

⁵⁵¹ “La ejecución de la muerte era rica en procedimientos: ahorcaduras, lapidación, decapitación o descuartizamiento.”. Carrancá y Rivas, *op. cit.*, pág.18.

⁵⁵² Cfr. Vaillant, George C., *La civilización azteca*, versión española de Samuel Vasconcelos, Fondo de Cultura Económica, 2a edición, México, 1955, pág. 156 y 157.

⁵⁵³ *Op. cit.*, pág.49.

condenados. ... Las cárceles consistían en unas grandes jaulas de madera, expuestas al aire libre y pintadas muchas veces con sombríos colores, adecuados sin duda al suplicio que aguardaba al preso"⁵⁵⁴.

Carrancá y Rivas concluye que la penología precortesiana no buscaba reformar al delincuente, ni castigar por castigar, ni recompensar exclusivamente a la parte agraviada, aunque sí, mantener las buenas relaciones mediante el establecimiento de la armonía social quebrantada. En suma, era una penología dependiente de una poderosa casta militar y sacerdotal⁵⁵⁵.

Si bien es cierto que la cárcel empleada en los pueblos primitivos puede ser ubicada en un estado de semicivilización, esto no es equivalente de anarquía. El encierro correspondía al sentimiento de afrenta e indignación experimentado por la comunidad. Por lo que podemos decir que a pesar de las condiciones miserables en que era ejecutada no era una práctica común ni arbitraria, sino excepcional.

En la cultura helénica, poco se empleo la prisión como pena. Existían tres tipos de cárcel, para mera custodia que servía de depósito general para seguridad simplemente; otra para corrección y una tercera para suplicio, en una región sombría y desierta⁵⁵⁶. Diferente situación se presenta en el derecho romano que a pesar, de que en un principio sólo fue empleada para seguridad de los acusados, se erigió un sistema de cárceles, con un conjunto de disposiciones penitenciarias muy avanzadas.

⁵⁵⁴ *Historia de Yucatán*, 2a edición, Editor Manuel Heredia Argüelles, Barcelona, 1889, tomo I, pág. 163, cit., por Carrancá y Rivas, *cit.*, pág.39.

⁵⁵⁵ *Op. cit.*, pág.51.

⁵⁵⁶ Cfr. Marcó del Pont, *Penología*, *cit.*, pág.37.

De entre de las prisiones romanas cabe destacar la ergástula, encarcelamiento que servía para la detención de esclavos, bien preventiva, bien definitiva como cadena perpetua⁵⁵⁷. Las primeras cárceles romanas fueron fundadas entre los años 670 y 320 d.c., año de la Constitución de Constantino, que establece la separación de sexos, prohibía los rigores inútiles, y declaraba la obligación del Estado de costear la manutención de los presos pobres, así como la necesidad de un patio soleado para la salud de los internos⁵⁵⁸.

En esta época Ulpiano apuntó que la cárcel debía servir para la guarda de los hombres, no para su castigo. Posteriormente, durante el Imperio Romano, se consideró que las cárceles servían para la detención y no para el castigo. En éstas, se obligaba al trabajo forzado, que consistía en la *opus publicum*, como limpieza de alcantarillas, arreglo de carreteras, trabajos de baños públicos y en las minas⁵⁵⁹.

Durante la Edad Media, la cárcel era bien conocida como institución de tormentos y tortura. Su esplendor, dice Marcó del Pont, se encuentra durante la "Santa Inquisición". La prisión medieval frecuentemente tomaba la forma de pozo, como lo indican las denominaciones de *lasterloch*, o pozo de los viciosos, *dieslesloch*, cárcel de los ladrones, *bachofenloch*, cárcel del horno⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ García Ramírez, *Represión y tratamiento...*, cit., pág.203.

⁵⁵⁸ Cfr. Bernaldo de Quirós, *Lecciones...*, cit., pág.45; Malo Camacho, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág.19.

⁵⁵⁹ Vid. Marcó del Pont, *Derecho penitenciario*, cit., pág.41.

⁵⁶⁰ Malo Camacho, *Loc. cit.*, asimismo cita, la Torre de Londres, el Castillo de Engelsburgo, la Bastilla y Schluselburgo, la Torre de Temple, así como otros castillos utilizados como establecimientos de reclusión en forma de jaulas y mazmorras, pág.20.

Es en ésta época que se atribuye al Derecho canónico la invención de la cárcel como pena que hace al reo expiar su crimen⁵⁶¹. Así, este Derecho conoció la reclusión en monasterios eclesiásticos, la *detrusio in monasterium*, donde eran internados los herejes y los juzgados por la iglesia católica; el lugar destinado a esta reclusión era denominado *carcer* o *ergastulum* y la sentencia era ejecutada con carácter de penitencia⁵⁶².

Otras de las modalidades de la pena privativa de la libertad, aparte de la reclusión y con un marcado interés económico, en el que se veía en los presos trabajadores cautivos, en quienes las labores eran impuestas como castigo, amenazados siempre por el temor de la represión física, la que facilitaba su desempeño, fueron: las galeras, distintas para hombres y mujeres, el presidio de carácter militar, así como la deportación.

La pena de galeras consistía en lo que Selling llamaba “prisiones-depósitos”⁵⁶³, en donde se recluía en una embarcación marítima a los presos, quienes manejaban los remos, amenazados por el látigo. Este tipo de pena tenía evidentes intereses económicos los que disminuyeron con la invención de la máquina de vapor⁵⁶⁴.

Por lo que se refiere a las galeras para mujeres, Marcó del Pont, dice que eran alojadas en edificios llamados “Casa de Galera”, las prostitutas, las mujeres dedicadas a la vagancia o al proxenetismo; en

⁵⁶¹ Ruiz Funes, *La crisis de la prisión*, cit., pág. 76.

⁵⁶² Malo Camacho, *op. cit.*, págs. 19-20.

⁵⁶³ *Op. cit.*, pág. 115.

⁵⁶⁴ Marcó del Pont, *Derecho penitenciario*, cit., pág. 44.

donde se les ataba con cadenas, esposas y mordazas, para atemorizarlas, sancionarlas, vejarlas y estigmatizarlas públicamente⁵⁶⁵.

El presidio, nos dice Neuman, implica “guarnición de soldados, custodia, defensa, protección, plaza, fuerte, ciudad amurallada”⁵⁶⁶. Unas vez abandonadas las galeras se hizo laborar a los presos en los presidios de los arsenales o presidios militares, en los que se aplicaba un régimen militar. Estos trabajos evolucionaron hasta llegar al trabajo en obras públicas, en el que es manifiesto el interés del Estado por la explotación de los presos, atendiendo al desarrollo y cambio económico.

La deportación⁵⁶⁷ tuvo su auge en el siglo XVI, respondió a intereses sociales, políticos y económicos de los países capitalistas, que enviaban a sus colonias a delincuentes y presos políticos para hacerles trabajar en ellas, así fueron poblados Australia, las Guayanas, Africa, Madagascar, Guinea y Estados Unidos de Norte América.

No coincidimos con Von Hentig, quien dice que en la deportación coinciden tres factores: “alejamiento a un ambiente desfavorable, ubicación en un lugar donde el reo recuerde poco su delito, tenga nuevas perspectivas y, en tercer lugar, un clima desacostumbrado que le haga plantearse nuevas tareas de adaptación”⁵⁶⁸. Más bien consistía -como dice Marcó del Pont-, en un castigo tremendo por medio de la explotación y el

⁵⁶⁵ Marcó del Pont, *Penología, cit.*, pág.43.

⁵⁶⁶ *Prisión abierta, cit.*, pág.21.

⁵⁶⁷ *Vid. Marcó del Pont, Derecho penitenciario, cit.*, págs.46-50.

⁵⁶⁸ *La pena, cit.*, tomo II, pág.426.

desarraigo⁵⁶⁹. En el que no se condenaba al ser a perder su libertad, sino a encontrar su muerte.

A la cárcel de expiación -dice García Ramírez- debía suceder la de corrección. Aparecieron al margen o paralelamente de las instituciones detentivas canónicas los establecimientos correctivos y reformativos de gente de mala vida o menores de edad, que también aparejaban aprisionamiento⁵⁷⁰. Neuman cita la aparición en el siglo XVI, de establecimientos correccionales destinados a vagos, jóvenes delincuentes y prostitutas⁵⁷¹.

Aparece así, en 1550, una Casa para internar y sujetar a trabajo a gente de vida deshonesta. En 1552, en Bridewell, el prototipo de *House of Correccion*, que pronto sería imitada en Oxford, Salisbury, Norwich y Cloucester, Inglaterra. En Alemania, en la ciudad de Nuremberg se fundó una casa de fuerza en 1558. En Amsterdam, Holanda, se fundaron dos casas "*Raphuis*", en 1596 y "*Spinhuis*", en 1957, entre otras⁵⁷².

Cabe destacar que en estas casas se practicaba por los internos el trabajo como medio educativo; sin embargo, la disciplina era muy severa, persistía aún el uso de los azotes y el látigo, y proporcionaron una nueva modalidad a la reclusión, al experimentar una celda llamada "del agua",

⁵⁶⁹ *Derecho penitenciario, cit.,* pág.47.

⁵⁷⁰ *Represión y tratamiento..., cit.,* págs.204-205.

⁵⁷¹ *Op. cit.,* pág.16.

⁵⁷² Cfr. Cuello Calón, *La moderna penología, cit.,* pág.303; García Ramírez, *Represión y tratamiento..., cit.,* pág.205.

donde el sujeto encerrado en ella, debía sacar el líquido que invadía la celda para salvar su vida⁵⁷³.

Una modalidad de las casas de corrección, fueron las creadas para niños vagabundos, estas fueron conocidas como hospicios. Fue fundado en el siglo XVII, en Florencia, el Hospicio de San Felipe Neri, por el sacerdote Filippo Francia, contaba con un sistema de aislamiento celular, y los obligaban a llevar capuchas para cubrir sus cabezas.

Juan Mabillón propuso celdas individuales con un pequeño jardín para que los internos pudieran cultivar el suelo en las horas libres. El sistema que se imponía seguía siendo muy riguroso, se les prohibían las visitas y se les imponían los ayunos⁵⁷⁴. Se fundó en 1704 por obra del Papa Clemente XI el Hospicio de San Miguel, en Roma, que alojaba a jóvenes delincuentes, la base del sistema estaba centrada en la disciplina, el trabajo, el aislamiento, el silencio y la enseñanza religiosa.

Aparece en 1775 la primer experiencia penitenciaria, como la conocemos hoy, aunque rudimentaria, la prisión de Gante, fundada por Juan Vilain XIV, terminó con el aislamiento total de los regimenes anteriores, contaba con una especie de clasificación, incluyó el trabajo común y sólo admitió el aislamiento nocturno. Se mostró contrario a los castigos corporales; se proporcionaba instrucción y educación profesional. Era octagonal y de tipo celular⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Cfr. Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, pág.51.

⁵⁷⁴ *Idem.*, pág.152.

⁵⁷⁵ Marcó del Pont, *loc. cit.*

A partir de ésta se encontraba cerca el origen de la prisión moderna, cuya evolución explicaremos mejor, a través de los diversos sistemas penitenciarios que veremos a continuación. Se trata ya de la prisión como institución.

6.3. INSTITUCIÓN PENITENCIARIA

Con la denominación “institución penitenciaria”, pretendemos incluir, no sólo al sistema que se lleve a cabo dentro de ella, sino también hacer referencia a la prisión como fenómeno jurídico y social, que se dio a partir de la construcción de las cárceles modernas y en las que ya se ha hecho indisoluble el binomio cárcel como pena y local donde se ejecuta⁵⁷⁶.

6.3.1. Sistemas penitenciarios

Los sistemas penitenciarios están basados -de acuerdo con Marcó del Pont- en un conjunto de principios orgánicos sobre los problemas que dieron origen a las reformas carcelarias y surgen como una reacción natural y lógica contra el estado de hacinamiento, promiscuidad, falta de higiene, alimentación, educación, trabajo y rehabilitación de los

⁵⁷⁶ Una detallada descripción de cada uno de los sistemas, se puede ver en Neuman, *Prisión abierta, cit.*, págs.53-171.

internos⁵⁷⁷. Debemos estos primeros intentos de reforma y humanización a hombres como Jeremy Bentham, John Howard, William Penn, Montesinos, Maconochie, Crofton, entre otros. A ellos y a su obra revolucionaria dedicaremos las siguientes líneas.

6.3.1.1. Sistema celular o filadélfico.

Este sistema surge en América, se debe fundamentalmente a William Penn, fundador de la colonia Pensilvania, por lo que al sistema también se le denomina pensilvánico o filadélfico, al haber surgido de la *Philadelphia Society for Relieving Distraessed Prisoners*. La construcción de la prisión se produce entre 1790 y 1792, en el patio de la calle Walnut

Fue Howard quien recomendó el aislamiento de los presos, aunque no el absoluto. Recogida la idea en el ambiente austero de los cuauqueros de Pensilvania, surgió el sistema celular⁵⁷⁸. Se implantó un sistema de aislamiento permanente en la celda, en donde dada su religiosidad, se obligaba a leer la Sagrada Escritura y otros libros religiosos, pues entendían que había una reconciliación con Dios y con la sociedad. De disciplina severa, pero repudiaban la violencia, por lo que

⁵⁷⁷ *Derecho penitenciario, cit.*, pág.135; para García Ramírez, "el penitenciarismo deriva en línea directa del afán humanitario para suavizar las penas...", para este mismo autor, los sistemas penitenciarios de la inconformidad de una pena de prisión vieja, promiscua e ineficaz y la búsqueda de la corrección del penado. *Represión y tratamiento... cit.*, pág.206.

⁵⁷⁸ Antón Oneca, *op. cit.*, pág.539.

limitaron la pena capital a los delitos de homicidio y sustituyeron las penas corporales y mutilantes por penas privativas de libertad y trabajos forzados⁵⁷⁹.

De acuerdo con Fenton⁵⁸⁰, quien describe las celdas de la prisión, éstas tenían una pequeña ventana situada en la parte superior y fuera del alcance de los presos. No se permitía el uso de mesas, bancos, camas u otros muebles. Los muros eran gruesos, por lo que no era posible ningún tipo de comunicación entre los reos. Se les alimentaba una vez al día. De esta forma se pretendía contribuir a la meditación y a la penitencia. Les estaban prohibidas las visitas del exterior, excepto las del Director, el maestro, el capellán y los miembros de la Sociedad Filadélfica.

Cuando esta prisión cerró, en 1829, se trasladó a los internos a la *Easter Penitentiary*, en donde eran obligados a usar una capucha que les cubría la cabeza. Cien años más tarde aproximadamente, este sistema experimentó un cambio que lo suavizó, se reservaba, para entonces, el aislamiento a las horas de la noche en celdas individualizadas, permitiendo la vida en común durante el día, en los recreos, escuelas, deporte, etcétera. Este modelo tuvo una poderosa influencia en Europa⁵⁸¹.

Han sido señaladas entre las ventajas de este sistema⁵⁸²: evita el contagio de la corrupción, requiere un mínimo de personal; produce

⁵⁷⁹ Cfr. Garrido Guzmán, Luis, *Compendio de Ciencias Penitenciarias*, Instituto de Criminología de Valencia. Valencia, 1976, pág.81.

⁵⁸⁰ Cit. por Marcó del Pont, *Penología*, tomo I, cit., pág.62.

⁵⁸¹ Cfr. Marcó del Pont, *Derecho penitenciario*, cit., págs.136-140.

⁵⁸² *Íd.* Antón Oneca, *op. cit.*, pág.540.

efectos intimidatorios; se aplica como verdadero castigo; ejerce una supuesta acción moralizadora; la vigilancia es más activa y por lo tanto no hay evasiones ni motines. Sin embargo, para Marcó del Pont, este sistema sólo constituye una gigantesca y oprobiosa medida disciplinaria⁵⁸³.

Algunas de las críticas que se le han hecho: no mejora ni hace al delincuente socialmente apto; produce una acción nefasta contra la salud física y mental; dificulta la adaptación del penado y debilita su sentido social⁵⁸⁴. Ferri, contribuyó con algunas críticas: es costoso, impide la implantación de un régimen industrial en el trabajo carcelario, que requiere de talleres adecuados, la educación tampoco puede transmitirse en forma efectiva⁵⁸⁵.

6.3.1.2. Sistema Auburniano.

Este sistema fue impuesto por primera vez en Gante, en la prisión levantada por el burgomaestre Juan Vilain en 1775. Lleva el nombre de Auburn, Nueva York, donde se estableció por el capitán Ealms Synds, en 1820, posteriormente en la de Sing-Sing⁵⁸⁶. Se creó a raíz del fracaso del sistema celular y para reducir los costos económicos. Se construyó con ayuda de los presos, en 28 celdas, cada una recluía a dos reos. Posteriormente se decretó la separación absoluta, con la construcción de

⁵⁸³ *Ult., op. cit.*, pág.141.

⁵⁸⁴ *Vid. Antón Oneca, loc. cit.*

⁵⁸⁵ *Cfr. Marcó del Pont, Derecho penitenciario, cit.*, pág.143.

⁵⁸⁶ *Antón Oneca, op. cit., idem.*

80 celdas más, así como grandes talleres. Tenía una disciplina muy rígida, las infracciones eran sancionadas con castigos corporales. La enseñanza era muy elemental. Una de sus principales características era la actividad laboral, lo que lo diferenciaba del sistema anterior. Fue implantado en casi la totalidad de los Estados Unidos y en algunos países europeos y de América Latina⁵⁸⁷.

6.3.1.3. Sistemas Progresivos.

El sistema progresivo comprendía en un primer momento, la aplicación de fases sucesivas del internamiento, caracterizado porque en estos sistemas se preveía como fase final la liberación. Consiste -de acuerdo con Antón Oneca- en ir disminuyendo la intensidad de la pena la reclusión celular hasta la libertad condicional, haciendo depender estos beneficios de la conducta del penado⁵⁸⁸. Incluye una clasificación elemental y diversificación de establecimientos, de los que a continuación mencionaremos algunos. Comienza en Europa a fines del siglo pasado y se extiende a América a mediados del siglo XX. Este sistema -dice Marcó del Pont- fue adoptado por las Naciones Unidas en sus recomendaciones y ha sido adoptado por casi todos los países del mundo en vías de transformación penitenciaria⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Marcó del Pont, *ult. op. cit.*, págs.144-145.

⁵⁸⁸ *Op. cit.*, pág.541.

⁵⁸⁹ *Derecho penitenciario, cit.*, pág.146.

6.3.1.3.1. *Montesinos*

El hispano Manuel Montesinos, director del presidio de San Agustín, en Valencia, es considerado el creador auténtico del sistema progresivo, quien lo implantó en 1835, algunos años antes que Maconochie. En el régimen de Montesinos, el aprisionamiento corría por tres etapas: de los hierros o aislamiento, de trabajo a elección del penado entre los numerosos oficios que había en el establecimiento y el de libertad intermedia, en el que el condenado podía pasar el día fuera de la prisión y regresar a ésta por la noche. Un cuarto periodo era previsto por la Ordenanza de Presidios de 1834, determinado por la libertad condicional o anticipada⁵⁹⁰.

6.3.1.3.2. *Maconochie*

El capitán Maconochie, es el más conocido organizador del régimen progresivo, también llamado inglés, en su primera fase. Instituyó este sistema en la isla de Norfolk (Australia), de la que fue nombrado gobernador en 1840, a la que eran conducidos los criminales más pervertidos, los deportados a Australia que volvían a delinquir⁵⁹¹.

Este sistema que los ingleses llamaron *marketing system*⁵⁹², comenzó midiendo la pena con la suma del trabajo y la buena conducta del interno. Se les daban marcas o vales y cuando obtenían un número

⁵⁹⁰ Antón Oneca, *op. cit.*, págs.541-542.

⁵⁹¹ Antón Oneca, *loc., cit.*

⁵⁹² *Idem.*

6.3.1.3.1. *Montesinos*

El hispano Manuel Montesinos, director del presidio de San Agustín, en Valencia, es considerado el creador auténtico del sistema progresivo, quien lo implantó en 1835, algunos años antes que Maconochie. En el régimen de Montesinos, el aprisionamiento corría por tres etapas: de los hierros o aislamiento, de trabajo a elección del penado entre los numerosos oficios que había en el establecimiento y el de libertad intermedia, en el que el condenado podía pasar el día fuera de la prisión y regresar a ésta por la noche. Un cuarto periodo era previsto por la Ordenanza de Presidios de 1834, determinado por la libertad condicional o anticipada⁵⁹⁰.

6.3.1.3.2. *Maconochie*.

El capitán Maconochie, es el más conocido organizador del régimen progresivo, también llamado inglés, en su primera fase. Instituyó este sistema en la isla de Norfok (Australia), de la que fue nombrado gobernador en 1840, a la que eran conducidos los criminales más perversos, los deportados a Australia que volvían a delinquir⁵⁹¹.

Este sistema que los ingleses llamaron *marketing system*⁵⁹², comenzó midiendo la pena con la suma del trabajo y la buena conducta del interno. Se les daban marcas o vales y cuando obtenían un número

⁵⁹⁰ Antón Oneca, *op. cit.*, págs.541-542.

⁵⁹¹ Antón Oneca, *loc., cit.*

⁵⁹² *Idem.*

determinado de éstos recuperaba su libertad. En consecuencia todo dependía del propio sujeto. La mala conducta era sancionada con multas.

La pena era indeterminada y basada en tres periodos a) de prueba, que consistía en aislamiento total y trabajo obligatorio; b) labor en común durante el día y aislamiento nocturno, en esta fase es donde interviene el sistema de vales, y c) libertad condicional, esto es, que ha obtenido el número suficiente de vales⁵⁹³.

Un sistema similar se adoptó en Alemania, en la prisión de Estado de Munich, en 1842. También estaba dividido en etapas. En la primera, los internos vivían en común, pero debían guardar silencio. Una segunda estaba caracterizada por que se les practicaba un estudio de la personalidad y seleccionados en grupos homogéneos de 25 a 30 internos. Finalmente, por medio del trabajo y la conducta, podían recuperar su libertad en forma condicional y reducir hasta en una tercera parte la condena.

6.3.1.3.3. *Crofton*.

Este sistema se perfecciona en Irlanda por el director de prisiones Walter Crofton, quien establece, tomando de Montesinos, cárceles intermedias como medio de prueba para obtener la libertad⁵⁹⁴. Este sistema tiene cuatro periodos. El primero, de aislamiento, sin comunicación y con dieta alimenticia. El segundo, trabajo en común y silencio nocturno. El tercer periodo, o intermedio, es el introducido por

⁵⁹³ Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, pág.146.

⁵⁹⁴ Antón Oneca, *op. cit.*, pág.542.

Crofton, a diferencia de Maconochie, consistía en trabajo al aire libre, en el exterior de la prisión. El último de estos es el de la libertad condicional, en base a vales, ganados por la conducta y el trabajo.

Algunas de las innovaciones que aportó este sistema, fueron, el no uso del traje penitenciario y el *selfcontrol*, que se aplicaba en el tercer periodo, pues los reclusos eran enviados como trabajadores libres a ciudades cercanas a la prisión, pero en sus campamentos, que eran desmontables, no había vigilancia, por lo que aprendían a vigilarse a sí mismos⁵⁹⁵.

Como el principal estímulo para favorecer la buena conducta del penado es la esperanza en la libertad y el miedo a prolongar la reclusión, pareció la mejor perfección del sistema hacer depender enteramente la duración del comportamiento, y así surgió la sentencia indeterminada, practicada en los reformatorios norteamericanos, del cual se tuvo por modelo el de Elmira, Nueva York⁵⁹⁶.

6.3.1.4. Sistema progresivo-técnico.

Este sistema constituye una evolución del revisado anteriormente, para algunos autores es el mismo. Sin embargo, éste cuenta con la aportación técnica de la Criminología, ciencia multidisciplinaria, que busca dar al tratamiento un seguimiento científico, basado en la

⁵⁹⁵ Marcó del Pont. *ult. op. cit.*, pág. 147.

⁵⁹⁶ Antón Oneca. *idem*.

personalidad y conducta del interno. Este sistema persigue como finalidad la readaptación social del sujeto⁵⁹⁷, por lo que no se basa solamente en la disciplina y conducta, sino fundamentalmente en la readaptación del condenado.

El sistema progresivo -dice García Ramírez- consiste en obtener la rehabilitación social mediante etapas o grados. Es estrictamente científico, porque está basado en el estudio del sujeto y en su progresivo tratamiento, con una base técnica⁵⁹⁸.

Se basa fundamentalmente en el “tratamiento readaptador”, aplicado metódicamente a través de terapias individuales. El objetivo del tratamiento -dice Marcó del Pont- es la remoción de las conductas delictivas, en un plano práctico, para el logro de la resocialización⁵⁹⁹. Está fundamentado en el estudio de la personalidad del infractor, que a su vez fundamenta la individualización de la pena -a la que ya nos referimos-, en el plano administrativo o penitenciario y que será la guía de todos los aspectos del tratamiento.

Es tan importante el tratamiento penitenciario, para el sistema actual de ejecución de penas privativas de libertad que en opinión de Bueno Arús, en virtud de su finalidad reeducadora, por su carácter individualizado, por la adopción de las técnicas de las Ciencias naturales, el sistema penitenciario se ha convertido en tratamiento penitenciario⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Que como veremos, también llaman resocialización, reeducación, reinserción social, etcétera.

⁵⁹⁸ Cfr. *La prisión, cit.*, pág.60.

⁵⁹⁹ Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, pág.369.

⁶⁰⁰ “Panorama comparativo de los nuevos sistemas penitenciarios”, *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1969, pág.293.

La noción de tratamiento constituye para Marc Ancel, “el punto de reunión y el nexo necesario entre el Derecho penal y la Criminología”⁶⁰¹. El tratamiento penitenciario⁶⁰² parte de las clasificaciones criminológicas que tienen como fundamento la observación del interno, la cual, consiste esencialmente en un diagnóstico de temibilidad del delincuente, con un pronóstico de los cambios que pueda tener para el reajuste en la vida social. Esta observación debe de ser continua para seguir la evolución de la conducta. La observación tiene como último fin descubrir el momento en que el recluso puede ser tratado a base de un régimen de confianza en un establecimiento abierto⁶⁰³.

En virtud de que el tratamiento va dirigido a una serie de aspectos de la vida del interno⁶⁰⁴, como su salud, educación y trabajo, éste no puede ser aplicado empíricamente, en consecuencia se requiere de un órgano técnico penitenciario, integrado por diversos especialistas, que aplique y evalúe los progresos del mismo, su acción en la persona del interno en las distintas fases del internamiento.

El tratamiento está compuesto de diversos elementos, que podemos clasificar en objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son -

⁶⁰¹ Cit., por Bueno Arús, “Panorama...”, *idem*.

⁶⁰² “El tratamiento penitenciario pretende actuar sobre la totalidad del hombre, e insistir especialmente en aquél sector de su personalidad o de su circunstancia que lo torna fácil presa del delito. Y pretende hacerlo en forma tal que el penado no se sienta excluido de la sociedad ni vea debilitarse su sentido de responsabilidad ni ensombrecerse el respeto a sí mismo.”, García Ramírez, *Represión ...*, cit., pág.240.

⁶⁰³ A. Tome, “Los métodos modernos del tratamiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm.122, mayo-junio, Madrid, 1956, pág.332.

⁶⁰⁴ Respecto del tratamiento del interno, véase el trabajo de Hilda Marchiori, *op. cit.*

siguiendo a García Ramírez-, el arsenal, el repertorio de medidas, instrumentos y posibilidades, con que el elemento subjetivo, el personal, opera sobre el sujeto de tratamiento. Para este autor, la base de los elementos objetivos es la ley, por lo que la unidad de régimen demanda unidad normativa⁶⁰⁵.

La clasificación y la terapia múltiple constituyen los elementos objetivos del tratamiento. La clasificación pretende a través de grupos homogéneos la más efectiva aplicación del tratamiento, así como evitar, en lo posible, la llamada contaminación criminal.

Las formas básicas de clasificación consisten en la separación de hombres y mujeres, mayores y menores, personas sanas y enfermas, que son distribuidos en diversas instituciones, pabellones y dormitorios con la finalidad de integrar la geografía penitenciaria. Para efectos de la clasificación son tomados en cuenta datos personales del interno, como su edad, grado escolar, aptitudes, estado psicológico, antecedentes penales, intereses, lugar de origen, condiciones socioeconómicas, y otros que lleven a determinar el lugar donde deberá ser recluido, así como el tratamiento más adecuado.

La clasificación se hace primeramente para designar el destino en el que se cumplirá la prisión, posteriormente, una subclasificación, permitirá individualizar en lo posible el tratamiento en ese lugar⁶⁰⁶. Para ello se cuenta con infinidad de instrumentos que van desde la entrevista con personal especializado, hasta la aplicación de pruebas psicológicas y

⁶⁰⁵ *La prisión, cit.*, págs.69-70.

⁶⁰⁶ *Tome, op. cit., idem.*

mentales, así como terapias individuales, de grupo, social y de comportamiento, entre otros⁶⁰⁷.

La terapia múltiple consiste en la planificación de actividades que faciliten la readaptación social del delincuente, tales como la educación, el trabajo y la capacitación, la atención médica y alimenticia, las actividades deportivas y culturales, las relaciones con el exterior, que van en dos sentidos, exterior-interior y viceversa.

El elemento subjetivo del tratamiento es, como ya lo dijimos líneas arriba, el personal penitenciario; a quien queda encomendada la función de conducir el tratamiento. Respecto de éste es necesario mencionar el aspecto de la selección, formación y carrera. La especialidad penitenciaria incluye la directiva, administrativa, de custodia y técnica, que a su vez comprende una serie de profesionales especializados en diversas ciencias, como la medicina, la psicología, el trabajo social, el derecho y la pedagogía.

En 1956, La Comisión Internacional Penal y Penitenciaria para la organización de las Naciones Unidas publicó un informe sobre los métodos modernos de tratamiento penitenciario, haciendo algunas recomendaciones en cuanto al personal, evidentemente este se ha actualizado, sin embargo, servirá de ejemplo, respecto de la importancia en la idoneidad del personal. Entre los técnicos y los especialistas, cuyo concurso se estima necesario para dirigir las prisiones, figuran: personal de servicio sanitario, médicos cirujanos, odontólogos, enfermeros. Personal de enseñanza, maestro, educadores, bibliotecarios, instructores

⁶⁰⁷ Respecto de los instrumentos de que se vale la clasificación, *vid.* Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, págs.375-395.

de educación física, etcétera. Personal criminológico, psicólogos, técnicos, psicoterapeutas, psiquiatras y asistentes sociales especializados. Personal técnico, ingenieros, contra maestres, jefes de trabajo, jefes de granja y de jardín, asistentes técnicos y obreros agrícolas. Señala la figura del director, por ser éste quien debe de dar el paso, con la debida prudencia, a la transición, de los sistemas antiguos a los modernos⁶⁰⁸.

Una de las dificultades a que se ha enfrentado por siglos la ejecución de la pena privativa de libertad, es la falta de personal con verdadera vocación y con amplia capacitación. Trabajar en una prisión requiere de ciertas aptitudes físicas, psíquicas y emocionales; han sido ampliamente estudiados los efectos negativos que esta labor produce en las personas que se destinan a la custodia y tratamiento de los internos.

Estos efectos podrían verse disminuidos si la selección y capacitación de personal fuese hecha con auténtico rigor. Esta profesión, como todas, requiere de una verdadera vocación, que se traduzca en voluntad de servicio. Se han hecho esfuerzos, es necesario redoblarlos dedicando especial atención en aquellos casos del personal de custodia, por se éstos, con quien directa y frecuentemente mantienen trato con los internos. El perfil que deberá tener este personal, más allá de ser dominante deberá tornar en servicial, para ello se requiere más que buena voluntad, es necesario un equilibrio biopsicosocial que se traduzca en el desempeño de una labor profesional, en la que no tengan lugar la violencia, la prepotencia o la flaqueza espiritual.

⁶⁰⁸ Tomc, *op. cit.*, pág.333.

La finalidad que se persigue con el sistema progresivo-técnico, a través del tratamiento -ya lo mencionamos-, es la readaptación social del interno o como también suele llamársele, resocialización, reinserción social, reeducación, rehabilitación social, etcétera. Todas estas denominaciones implican, que la reclusión tenga un carácter eminentemente preparador para devolver al individuo que delinquiró a la sociedad a la que pertenece, dándole elementos que le permitan desenvolverse activamente en ella sin tener que delinquir.

Antes de profundizar un poco más en la readaptación social, como finalidad del tratamiento penitenciario, hay que apuntar que en la actualidad el planteamiento del tratamiento está siendo severamente cuestionados, por quienes piensan que es incompatible con la privación de la libertad.

Como explica Hassemer, "el problema que plantean muchos métodos de tratamiento no es, pues, el de su eficacia en la modificación del comportamiento o la personalidad del interno, sino su propia licitud o compatibilidad con los derechos fundamentales"⁶⁰⁹. Principalmente porque considera que una cosa es que el interno pueda ser tratado, contando naturalmente con su consentimiento, y otra distinta es cómo debe serlo.

No compartimos la opinión de Hassemer. El tratamiento ha venido a sustituir los malos tratos, no parece viable otra forma de tratamiento al preso, porque tampoco puede dejársele recluso vegetando o permitiéndole hacer su voluntad, porque si ello se justificara entonces

⁶⁰⁹ *Op. cit.*, págs.156. en el mismo sentido, Baratta, Alessandro. "Cárcel y estado social". *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1992.

no habría razón para sancionar las conductas delictivas, no habría delitos, ni presos, ni tratamiento.

Lo que si parece razonable y hasta necesario es actualizar constantemente estos métodos de tratamiento, procurando que sean atractivos para el interno que logren motivarle en las finalidades del mismo.

Muy criticado ha sido también el ideal readaptador. Tanto porque al parecer, la cárcel únicamente sirve como medio de contención de delincuentes, como por el término mismo y más gravemente, por lo que se refiere al conflicto que a propósito de la prisión, surge entre prevención general y prevención especial.

El sentido que originariamente se dio a las penas privativas de libertad, cuando ésta aparece como sanción en el catálogo punitivo aplicable a los que habían cometido un delito, era de castigo, el de paralización del sujeto delincuente y de la actividad delictiva. El preso tenía que pagar su deuda con la sociedad. Era impensable, entonces, concebir en la pena de prisión otros efectos, los moralizantes. Estos llegaron con la evolución de las ideas penales y, si bien es cierto, que se empleaban medios como el trabajo o la incomunicación para la expiación, también lo es fueron empleados como accesorios a la finalidad principal, que era el castigo. Es por ello, que como lo veremos más adelante, al tratar lo relativo a las corrientes substitutionista y abolicionista, no es posible concebir en la pena de prisión, una finalidad distinta de la de mero castigo, pues al parecer resulta inconcebible que se pretenda cualquier

objetivo resocializador o readaptador con la reclusión, dejemos esto para más tarde⁶¹⁰.

Para Baratta⁶¹¹, el objetivo resocializador como finalidad de la pena, resultado de la reforma que principalmente se llevó a cabo en los años setenta, se ha visto cuestionado, tanto por las dificultades estructurales, los escasos resultados, como por las transformaciones producidas en la propia institución carcelaria y en la sociedad en los años siguientes a la reforma.

Señala como producto de estas transformaciones, la aparición del terrorismo y la reacción de los Estados frente a éste. Nosotros agregamos otros, como el narcotráfico y la delincuencia organizada, fenómenos que han motivado en varios países la modificación del régimen carcelario, a este movimiento le llama de “contrarreformas”, las que definitivamente han incidido negativamente en los elementos innovadores de las “reformas”, convirtiendo en inoperantes los instrumentos que habrían de facilitar la reintegración social de los condenados⁶¹².

⁶¹⁰ En el mismo sentido, se expresa entre otros autores, Hassemer, *vid. op. cit.*, excursus “la prisión en el estado social y democrático de derecho: prevención general *versus* prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”. pág.136.

⁶¹¹ Cfr. *op. cit.*, pág.137.

⁶¹² Para el mismo autor, otros fenómenos que han llevado a esta situación son: la creación de las cárceles de máxima seguridad que significan la renuncia explícita a objetivos de resocialización, así como la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: “la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma”; así como la crisis del *welfare state*, que ha suprimido la base material de recursos económicos que habrían debido sostener una política carcelaria de resocialización efectiva, lo que ha llevado, por ejemplo, en Estados Unidos, a un desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel, desde la prevención especial positiva (resocialización), hasta la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación). Cfr. *op. cit.*, págs.137-138.

Al parecer la discusión actual versa sobre dos cuestiones que se contraponen, por una parte, el reconocimiento científico de que la cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar; y por la otra, la afirmación voluntarista de una norma contrafactica según la cual debe de ser considerada, pese a todo, como lugar y medio de resocialización⁶¹³.

Lo anterior nos lleva necesariamente, a analizar el concepto de readaptación o de resocialización. Estos conceptos a los que nos hemos referido hasta aquí como sinónimos, son diferenciados por la doctrina.

Bergalli apunta que el término resocialización es un galicismo, usualmente aplicado tanto en inglés, alemán, francés y ruso, que traduce la idea que la moderna ejecución penal se impone como objeto final. Señala la diferenciación necesaria entre los conceptos similares, como socialización, proceso de socialización o bien aculturación, lo que significa la tarea o proceso de aprendizaje o internalización de normas sociales que tienen lugar en un grupo y que son específicamente acuñadas por estratos⁶¹⁴.

Para otros autores, como señala Bergalli, es preferible el uso de socialización en reemplazo, partiendo de la idea de que en muchos

⁶¹³ Siguiendo a Baratta, esto es el choque de dos polos, el polo realista y el idealista, *idem*.

⁶¹⁴ Cfr. *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1976, págs.17-19. Este fenómeno de acuerdo con Bergalli se cumple en la infancia, por lo que una vez finalizado la posibilidades de intentar una nueva socialización serían remotas, por lo que en el contexto de la criminología, el concepto de resocialización sólo se aplica en el campo de la mayoría de edad, en los ámbitos de tratamiento de menores infractores se utilizan los conceptos vecinos como reeducación o rehabilitación, mucho más vinculados a una identidad de problemas biológicos y sociales, como emplea nuestra Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores.

condenados no ha tenido lugar el proceso psicológico-social de aprendizaje de normas y valores del grupo de pertenencia en la vida libre o bien tal proceso ha sido defectuoso, por lo que su socialización debe de ser perfeccionada en el transcurso de la ejecución de las penas; para otros, este mismo proceso debe denominarse de nueva incorporación, pues la ejecución penal debe comprenderse también como parte de la política de educación y a los institutos penales, junto a la escuela y a la universidad, como instancias de socialización con fijación de tareas específicas⁶¹⁵.

Para Bergalli, la readaptación social por medio de la ejecución penal debería suponer la meta de un modelo de sociedad ya delineado y apoyado en una realidad de estructura económica. Esta debería tener sus puntos de sostén en una política social que no únicamente se recueste en la readaptación de la conducta humana por medios que a la postre significan represión y privación de bienes -como hoy se ejecutan las penas privativas de libertad- sino dentro de un sistema concertado de salud mental y física, vivienda y seguridad social⁶¹⁶.

Para concluir con Bergalli este autor considera que “resocialización” contiene las esperanzas que la reincorporación a la sociedad junto a la ausencia de delitos ulteriores depende de un distanciamiento de anteriores modelos de comportamiento específicos de las clases bajas. Por lo que reincorporación a la sociedad es entonces una

⁶¹⁵ *Op. cit.*, pág.20.

⁶¹⁶ *Op. cit.*, págs.33-34.

adaptación tendenciosa a las esperanzas sociales de la clase media o sea incorporación tendenciosa a la sociedad habitual⁶¹⁷.

En este mismo sentido Baratta punta la necesidad de analizar a la prisión, desde el punto de vista de la marginación carcelaria, que significa, para la mayor parte de los internos, un proceso secundario de marginación que interviene después de un proceso primario. El que explica diciendo, que aun actualmente, la mayor parte de los reclusos proviene de grupos sociales ya marginados⁶¹⁸.

Es por ello que este autor prefiere usar el término reintegración social, pues los términos resocialización y tratamiento, presuponen un papel pasivo por parte del detenido y otro activo por parte de las instituciones. Y el propuesto, requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel⁶¹⁹.

Esto nos lleva al conflicto entre el interés de la sociedad y el interés del individuo, reflejados en el enfrentamiento que con motivo de la privación de la libertad se produce entre la prevención general y la prevención especial. Si entendemos, que de acuerdo con lo que hemos dicho como las finalidades actualmente asignadas a la pena, la

⁶¹⁷ *Idem.*, pág.43

⁶¹⁸ Cfr. *Op. cit.*, pág.140; en el mismo sentido Barbero Santos, Marino, *Marginación social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, pág.125.

⁶¹⁹ *Idem.*

readaptación social del individuo se deduce de la aplicación de la prevención especial⁶²⁰.

De acuerdo con Hassemer, históricamente el conflicto se ha resuelto a favor de la sociedad, es decir, de la prevención general. El conflicto al que en líneas arriba nos hemos referido se explica, desde la perspectiva, de la mayor preocupación por la persona del delincuente, dirigida a la resocialización antes que al castigo del delincuente.

“En la alternativa entre seguridad y socialización, el sistema penitenciario habría optado claramente por lo segundo, haciendo del tratamiento del recluso el instrumento ideal para conseguir su resocialización. En la moderna concepción del Derecho penitenciario la idea de sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad. Frente a un derecho penal tradicional predominantemente preventivo general tendríamos ahora un derecho penitenciario orientado primordialmente a la prevención especial y dentro de ella a la resocialización del delincuente”⁶²¹.

El fin primordial de readaptación social queda muchas veces supeditado en la praxis penitenciaria a finalidades puramente defensistas, de la vigilancia y el control de los reclusos. Por lo que por encima de razones estrictamente penitenciarias, hay otras, fuera del régimen penitenciario que justifican la adopción de un régimen severo y contrario al espíritu resocializador.

Lo que nos lleva al conflicto central de si debe o no persistir el uso de la pena privativa de libertad, ya como mero castigo, o continuar con el ideal readaptador.

⁶²⁰ Así lo explica Hassemer, *excurso “la prisión en el...”*, cit., pág.135.

⁶²¹ Hassemer, *op. cit.*, págs.136-137.

Es necesario reconocer el hecho de que la cárcel no sólo no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado, sino que, por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esa finalidad. Pero no debe abandonarse la finalidad de reintegración del condenado a la sociedad, en opinión de Baratta, lo que debe hacerse es una reinterpretación y reconstrucción en base diferente. Al respecto hay que tomar en cuenta dos consideraciones:

“La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad⁶²².”

Una reintegración social del condenado significa, ante todo, corregir las condiciones de exclusión de la sociedad que sufren los grupos sociales de los que proviene, de tal forma que la vida postpenitenciaria no signifique simplemente, como sucede casi siempre, el regreso de la marginación secundaria a la primera del propio grupo social de pertenencia para, desde allí, regresar una vez más a la cárcel⁶²³.”

Para llevar acabo esto, Baratta propone un programa de diez puntos que puede ser considerado como una esperanza para el ideal readaptador⁶²⁴.

⁶²² Para este autor, ninguna cárcel es buena y útil para esta finalidad, pero hay cárceles peores que otras, por lo que es necesario individualizar políticas de reforma aptas para hacer menos perjudicial dicha institución en relación con la vida futura del condenado., *op. cit.*, pág. 139.

⁶²³ *Idem.*, pág. 141.

⁶²⁴ Este puede verse en la obra citada págs. 142-149.

6.3.1.5. Otros sistemas.

Existen otros intentos de perfeccionar al sistema penitenciario, con efímeros resultados, que son dignos de tomarse en cuenta. Algunos de los elementos positivos de éstos han sido recogidos por el sistema progresivo-técnico. De entre estos podemos destacar los siguientes⁶²⁵.

6.3.1.5.1. *Reformatorio.*

Surgió en Estados Unidos de Norteamérica, su creador es Zebulon R. Brockway, director de una institución para mujeres en Detroit. Fundó el sistema en un reformatorio de Elmira (Nueva York), en 1876. Las características de este sistema podemos resumirlas de la siguiente forma. La edad de los penados fluctuaba entre los 16 y los 30 años y se trataba de primodelincuentes, por lo que no operaba únicamente para jóvenes. Se basaba en una sentencia indeterminada, pues obtenían su libertad de acuerdo al grado de readaptación que hubiesen alcanzado. Contaba con una clasificación basada en un periodo de observación, los datos del interno y un examen médico y psíquico. Tenía un sistema decreciente de grados, a partir del ingreso hasta los primeros seis meses, en que se cumplía el primer grado. El interno recibía trato preferente, mejor alimentación y vestía uniforme militar. Si tenía buena conducta, podía salir en libertad definitiva a los seis meses. El control era de tipo militar, la disciplina estaba ligada a la imposición de castigos corporales.

⁶²⁵ Para todos ellos, consúltese -entre otros- la obra de Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, págs.149-171.

El tratamiento estaba basado en el acondicionamiento físico, trabajo industrial y agrícola y enseñanza de oficios.

6.3.1.5.2. *Clasificación.*

Este sistema fue introducido en Bélgica, incluyó la individualización del tratamiento, clasificando a los internos conforme a su procedencia urbana o rural, educación, instrucción, antecedentes penales, tiempo de duración de la pena que iba en relación directa con el trabajo que realizaría. En el caso de que fuera de larga duración, éste era intensivo. A los delincuentes peligrosos se les separó en establecimientos diversos. Se crearon laboratorios de experimentación psiquiátrica, anexos a las prisiones; se suprime la celda y se moderniza el uniforme del presidiario.

6.3.1.5.3. *Instituciones abiertas.*

Las instituciones abiertas representan un sistema novedoso, que poco o nada tiene de similar con los anteriores. No se trata de prisiones, en el sentido literal de la palabra. Son establecimientos sin cerrojos, ni rejas, ni están cercados por muros vigilados por torres, con personal de custodia armado. Sus antecedentes se encuentran en las colonias para vagabundos de Alemania de 1880, los cantones suizos como el agrícola Witzwill de 1895 y los destacamentos penales de los años cuarenta.

La principal característica de este sistema es la rigurosa selección de los internos, para la cual se auxilian de una multiplicidad de ciencias,

como la empleada en el tratamiento progresivo-técnico. Maneja grupos pequeños de internos, para poder seguir agudamente el comportamiento de cada uno. De igual manera se procede a la selección del personal, quienes deben de estar especialmente capacitados respecto del mecanismo del tratamiento. La ubicación de estas instituciones es cuidadosamente estudiada, con preferencia en las zonas rurales que no estén muy alejadas de las poblaciones, a cuyos miembros se concientiza para lograr la colaboración de la comunidad.

Este sistema funciona en la última etapa del tratamiento progresivo, pero no siempre sucede así. Entre las ventajas con que cuenta esta institución, podemos mencionar: mejoramiento de la salud física y mental de los internos; atenúa las tensiones de la vida penitenciaria y disminuye la necesidad de recurrir a sanciones disciplinarias; las condiciones de la prisión se aproximan a la vida normal, más que en los establecimientos cerrados; descongestiona las cárceles clásicas, entre otras. Respecto de las desventajas, se anota el de la posibilidad de evasiones; se teme por la creación de una subcultura criminal; la posibilidad del seguimiento de actividades delictivas.

6.3.2. Institución y régimen penitenciario mexicano.

Hemos hablado ya, en el transcurso de este trabajo, sobre algunos aspectos de la prisión punitiva en el sistema penitenciario mexicano, su tratamiento legal, su carácter de pena, así como mencionamos también, su duración y régimen.

En este apartado abordaremos, atendiendo a la legislación mexicana, los diversos establecimientos previstos por la ley en los que se lleva a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad, el personal penitenciario, el ideal readaptador, el tratamiento y la asistencia posliberacional.

Los establecimientos destinados para la ejecución de la pena privativa de la libertad personal, están a cargo, en el orden federal, del Ejecutivo, a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación; y a nivel local, del Departamento del Distrito Federal, a través de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social.

Estas instituciones especializadas, de acuerdo con la Ley de Normas Mínimas, son: penitenciarias de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas. La designación de cada una de éstas está basada en la clasificación de los internos, así como las mujeres quedarán recluidas en lugares separados de los destinados a los hombres⁶²⁶.

Respecto de la construcción de estos establecimientos es necesario apuntar ciertas necesidades físicas que contribuyan a hacer de la prisión el lugar idóneo para los fines que pretende. Ha pasado ya la época en que cualquier edificio, siempre que tuviera barrotes y altos muros, servía a estos fines.

⁶²⁶ Artículo 60. de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, en adelante LMN.

Hoy son considerados otros elementos, además de la seguridad y vigilancia, como son, el tipo de institución, la idoneidad de la ubicación, el espacio que ocupará la construcción, la distribución de las diversas áreas que la componen, las actividades laborales, educativas, deportivas y culturales que ahí se desarrollan, el costo, la población, etcétera, que han ido perfeccionando a la arquitectura penitenciaria, se plantea el objetivo de mejorar las condiciones de vida de la estancia en prisión, tanto para los internos, como para el personal penitenciario.

Algunos ejemplos de esta preocupación por mejorar el ambiente físico en el que se ejecuta la pena de prisión, son la construcción de la Penitenciaría de México (Lecumberri), inaugurada en 1900 y que en su época representó el proyecto arquitectónico penitenciario más moderno, dando lugar, en México, a una nueva organización del sistema de establecimientos penales. Subsistían las cárceles de detención y la Cárcel General de México, conocida como Cárcel de Belem⁶²⁷.

La época que se conoce como “la gran reforma penitenciaria”, estuvo determinada, entre otros factores, por la positiva experiencia lograda en el Centro Penitenciario del Estado de México, en Almoloya de Juárez⁶²⁸, y por la expedición de la Ley de Normas Mínimas de 1971, por la que se elaboró un plan para la construcción de reclusorios modernos que permitieran la aplicación de la misma, en los cuatro puntos cardinales

⁶²⁷ Respecto de estas instituciones puede consultarse la obra de Malo Camacho, *Historia de las cárceles en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979; Mellado, Guillermo, *Belén por dentro y por fuera*, Cuadernos de Criminalia, núm.21, México, 1959.

⁶²⁸ Consúltense los interesantes artículos de García Ramírez, “Nuestra más reciente ley ejecutiva penal” y “Balance y resumen sobre el Centro Penitenciario del Estado de México”, en *Manual de prisiones*, cit.

de la ciudad de México⁶²⁹. Se clausuró definitivamente el “Palacio Negro de Lecumberri”, como era conocido, el 26 de agosto de 1976⁶³⁰, dando lugar al nacimiento de una nueva era penitenciaria mexicana.

Otro avance significativo en esta materia fue la construcción del penal de máxima seguridad de Almoloya de Juárez, en el Estado de México, para la que fueron conjuntados los conocimientos y esfuerzos de numerosos especialistas, haciendo de esta obra el resultado de los más avanzados conocimientos multidisciplinarios, que se complementó con un impresionante sistema de seguridad electrónico, el primero en su tipo en América Latina. Actualmente se encuentra en construcción un edificio más de este tipo, en el Estado de Tamaulipas, recientemente entró en funcionamiento el construido en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.

Volvamos a las instituciones penitenciarias que actualmente prevé la ley. Las penitenciarias de máxima seguridad atienden a condiciones de mayor grado de seguridad y vigilancia, por las características de peligrosidad que presentan los internos en ellas recluidos. Estas condiciones de seguridad deberán observarse desde el punto de vista de la construcción, contando con elevados muros, contramuros, mayor densidad de rejas, vigilancia más estricta, régimen disciplinario de mayor rigidez, etcétera⁶³¹.

Las de seguridad media son instituciones que en términos generales exigen condiciones de seguridad menos severas que en el caso anterior y aun cuando subsisten los muros, rejas y personal de custodia

⁶²⁹ Vid. Malo Camacho, *Manual de...*, cit., págs.25-29.

⁶³⁰ Vid. García Ramírez, *El final de Lecumberri*, Porrúa, México, 1979.

⁶³¹ Cfr. Malo Camacho, *Manual...*, cit., págs.95-96.

estratégicamente ubicado, desarrollan en su interior un régimen de tratamiento que autoriza un grado mayor de libertad en el interior del establecimiento; observando incluso, formas de tratamiento que autorizan una mayor cercanía y contacto con el exterior⁶³².

Son instituciones de seguridad mínima en el tratamiento penitenciario aquellas que autorizan la relación directa del penitenciado con el exterior, por cualquiera de los medios que la ley establece, y su aplicación se observa regularmente como etapas de tratamiento en instituciones que arquitectónicamente corresponden a un orden distinto de los anteriormente mencionados⁶³³.

Las instituciones abiertas son establecimientos caracterizados por la ausencia de rejas o de cualquier otra forma de sistema particular de seguridad frente a la evasión, cuyo fin se constituye, precisamente, en su forma de atención a individuos en proceso avanzado de readaptación, y que se establecen más bien como hoteles que atienden las necesidades de habitación del interno próximo a recuperar su libertad, dándole oportunidad para movilizarse en el exterior y estrechar sus relaciones familiares, laborales y sociales, con la única obligación de retornar a ella, siempre bajo las condiciones señaladas por la aprobación de su ingreso en la misma. En estas instituciones es posible la participación de los internos en régimen de autogobierno⁶³⁴.

⁶³² *Idem.*, pág.96.

⁶³³ Malo Camacho, *loc. cit.*

⁶³⁴ Cfr. Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, págs.155-156; Malo Camacho, *Manual...*, *cit.*, págs.93-94.

Las colonias y campamentos penales generalmente se encuentran localizados en zonas alejadas de los centros urbanos y en regiones poco pobladas, donde se procura que el individuo delincuente conviva con su familia en pequeñas comunidades donde opera una total libertad interior, atendiendo sólo el régimen de disciplina interna y con la obligación de no salir del perímetro de su localización⁶³⁵.

Los campamentos penales se encuentran en desuso actualmente; fueron empleados en zonas donde se pretendía la construcción de obras nuevas, sobre todo cerca de los caminos y carreteras, donde era aprovechada la mano de obra de los prisioneros.

La Colonia Penal de las Islas Mariás, se localiza en el Océano Pacífico, frente a las costas de Nayarit. Este archipiélago se compone de cuatro islas⁶³⁶. En este penal, de acuerdo con su reglamento, la ejecución de la pena privativa de libertad, está dividida en cuatro periodos que podemos resumir de la siguiente forma: aislamiento celular, trabajo común diurno y aislamiento celular nocturno, semilibertad en el interior de la isla, hasta la extinción de la pena, con residencia obligatoria de un año y con la posibilidad, una vez completamente libre, de establecerse allí con su familia⁶³⁷.

Por lo que se refiere al personal penitenciario, ya mencionamos que se distingue en directivo, técnico, administrativo, jurídico y de custodia. La selección del personal penitenciario atenderá a factores de

⁶³⁵ Malo Camacho, *ult. op. cit.*, pág.94.

⁶³⁶ Cfr. Marcó del Pont, *Derecho penitenciario, cit.*, págs.186-187.

⁶³⁷ Reglamento de la Colonia Penal Federal de las Islas Mariás, de 17 de septiembre de 1991.

vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos⁶³⁸.

Debemos agregar que además, deberán responder a un determinado perfil de personalidad, en el se integre una condición física, psíquica y emotiva, que no ponga en riesgo el buen desempeño de su delicada labor. Estos datos son tomados en cuenta a fin de integrar adecuadamente la plantilla de personal que labora en el interior de las prisiones, cada uno de acuerdo con su respectivo nivel de responsabilidad y el particular tipo de sus funciones⁶³⁹.

Estos funcionarios deberán recibir periódicamente en el transcurso de sus funciones, cursos básicos de formación, capacitación y adiestramiento en la actualización del conocimiento y de la práctica penitenciarias⁶⁴⁰.

Debemos apuntar que es necesario que se favorezcan los programas y centros de formación y capacitación de personal penitenitenciario, como el Programa de Capacitación Penitenciaria (PROCAP), implantado en función del Plan Nacional de Desarrollo 1990-1994, organizado por la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación; así como la formación de una verdadera carrera penitenciaria, que favorezca la especialización y auténtica dedicación a esta tarea.

⁶³⁸ Artículo 4o. de la LNM.

⁶³⁹ Respecto de la selección del personal penitenciario véase Marcó del Pont. *Derecho penitenciario*, cit., págs.305-365; Malo Camacho. *Manual...*, cit., págs.99-112; García Ramírez, *La prisión*, cit., págs.90-93.

⁶⁴⁰ Artículo 5o. de la LNM.

La readaptación social es la orientación que sigue el régimen penitenciario mexicano. Así lo hemos visto, al tratar lo relativo a la filosofía penal de nuestra Constitución. De igual manera se pronuncia la legislación secundaria. Esta deberá buscarse a través del trabajo, capacitación y educación del interno. Por otro lado debe entenderse a la readaptación como el principal derecho de aquéllos que se han visto privados de su libertad, en función de una sentencia condenatoria a pena de prisión. El término readaptación social busca conseguir en el interno el desarrollo de sus capacidades físicas e intelectuales para lograr una participación social activa, en beneficio de él mismo, su familia y la sociedad.

Se ha considerado que el fenómeno delictivo se produce, entre otras causas, por la ignorancia y la necesidad. El tratamiento va enfocado a disminuir los efectos producidos por ellos, facilitando conocimientos y procurando un modo de vida digno y honesto.

No se busca con el tratamiento readaptador manipular la personalidad o la conducta de los internos, se pretende dar opciones. Preparar no para la libertad, como erróneamente se piensa, sino brindar herramientas suficientes con que hacer frente a la vida en comunidad. Este objetivo dependerá en gran medida, de la participación de los internos, pero es fundamental el modo en el que se les induce al tratamiento, en la motivación, está el futuro éxito de la readaptación.

El trabajo es obligatorio. Para asignarlo a cada interno, se tomarán en cuenta los deseos, vocación, aptitudes, capacitación que posean y, se hará en función del tratamiento que le corresponda, tomándose en cuenta, además, las posibilidades de la institución. Cada

una de ellas deberá contar con un plan de trabajo y producción, que organizará al trabajo que se desarrolle en el interior de la institución, tomando en consideración la situación de la economía local, así como del mercado oficial, para favorecer la correspondencia de las demandas de ésta y la producción penitenciaria, con vistas a la autosuficiencia económica del establecimiento. La que también se logrará en virtud del sostenimiento de los reos durante su estancia, por medio de la percepción que tengan como resultado del trabajo que desempeñen, en base a un descuento proporcionado uniforme para todos los internos⁶⁴¹.

El trabajo que los internos realizan, se refiere a actividades manuales, que se desarrollaran en los talleres respectivos y es remunerado, una parte de él se asigna a su sostenimiento. El resto se distribuye, como sigue: 30% para el pago de la reparación del daño, 30% para el sostenimiento de los dependientes económicos del reo, 30% para la constitución del fondo de ahorros de éste, y 10% para los gastos menores del mismo. En caso de que no exista condena a reparación del daño o si éste ya hubiere sido cubierto, o si los dependientes del reo no están necesitados, las cuotas respectivas se aplicarán por partes iguales a los fines señalados, con excepción del indicado en último término⁶⁴².

Es necesario que se perfeccionen las disposiciones relativas al salario y a las relaciones laborales, sobre todo a la seguridad social. Resulta costoso equipar a las instituciones de material y equipo de trabajo; se requiere para el fortalecimiento de este aspecto, una organización efectiva, que considere todos los elementos necesarios para

⁶⁴¹ Primer párrafo del artículo 10 de la LNM.

⁶⁴² Párrafos segundo y tercero del artículo 10 LNM.

el buen desarrollo de una industria, limitada únicamente por lo que se refiere a la institución misma, pero aspirando, como cualquier otra empresa, al intercambio de bienes, por la justa remuneración económica. Podría obtenerse el patrocinio técnico y administrativo de algunas grandes empresas, a través del mecanismo de deducibilidad de impuestos, capacitándoles en el conocimiento y manejo de las nuevas técnicas y procesos industriales, esto contribuiría a la formación de mano de obra calificada para diversas ramas de la industria y, además, fortalecería las relaciones exterior-interior. Deben, asimismo, promoverse planes de reincorporación efectiva, con facilidades fiscales para las empresas o instituciones que empleen ex-convictos.

La educación que se imparta en el interior de estas instituciones no sólo tendrá carácter académico, sino también cívico, higiénico, artístico, físico y ético, estará orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y quedará a cargo, preferentemente, de maestros especializados⁶⁴³.

Es necesario fomentar los programas educativos, no sólo enseñar a leer y a escribir, otorgando la educación básica y media principalmente a todos aquellos internos que no la tienen, fomentar las actividades culturales, a través de lecturas y participaciones activas, enseñando, por ejemplo a otros reclusos, o incluso, si las condiciones lo permiten, desarrollando programas de servicio social, dentro y fuera de las instalaciones del penal. Para ello es necesario, además de recursos económicos, la participación, no sólo de personas (profesores), que

⁶⁴³ Artículo II LNM.

trabajen de tiempo completo en el interior de la cárcel, con horarios y materias fijos, para obtener los certificados correspondientes, sino del exterior, a través de servicio social dentro de la institución. Esto además, fomentaría la relación con el exterior, contribuyendo a la formación de una sociedad más participativa del problema penitenciario. Podrían además organizarse cursos de corta duración, sobre temas que los mismos internos propusieran y así pudieran acudir especialistas de diversas materias, para contribuir a la formación integral de los reclusos; como por ejemplo, educación sexual, integración familiar, salud e higiene, farmacodependencia, y hasta podría intentarse con diversas disciplinas científicas como el Derecho, la Ciencia Política, la Medicina, la Historia, etcétera. Organizar seminarios en los que se cuente con la generosa colaboración de los especialistas, sin que ello reportase un excesivo gasto para el Estado, pero que permitirían al interno conocer diversos aspectos de la vida social, a la que va a integrarse, aportándole los conocimientos que le permitan participar activamente en los distintos fenómenos sociales.

Respecto del tratamiento, hemos mencionado que sigue el sistema técnico-progresivo, aplicado individualmente a cada interno. Este tratamiento consta básicamente de dos fases o periodos, de estudio y diagnóstico y de tratamiento, propiamente dicho, que a su vez se desarrolla en tratamiento en clasificación y tratamiento preliberacional, que podrá comprender: información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad, métodos colectivos, concesión de mayor libertad dentro del establecimiento, traslado a institución abierta; y permisos de salida y

de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana⁶⁴⁴. El tratamiento se funda en los estudios de personalidad que se practican constantemente al reo, así como en su evolución y desarrollo biopsicosocial, tanto como en su participación en los programas laborales y educativos de la institución⁶⁴⁵.

La aplicación individual del sistema progresivo-técnico, seguimiento y control del tratamiento, la ejecución de las medidas preliberacionales, concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria, corresponden a un órgano interdisciplinario, denominado Consejo Técnico, integrado por los miembros de superior jerarquía del personal directivo, jurídico, administrativo, técnico y de custodia, así como un médico y un maestro normalista, este Consejo es presidido por el director del establecimiento⁶⁴⁶.

Por lo que se refiere al régimen interior, deben evitarse la relaciones de familiaridad entre el personal y los internos, éstos pueden transitar por áreas específicas, de las que se excluyen las destinadas a oficinas, servicios generales y mantenimiento, y sólo podrán transitar por los túneles de intercomunicación acompañados de personal de seguridad y custodia⁶⁴⁷.

Se pretende una clasificación específica en el interior, la que será designada por el Consejo técnico, asignando a cada uno de los internos,

⁶⁴⁴ Artículos 7 y 8 LNM.

⁶⁴⁵ Artículos 24 y 26 del Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social, en adelante RCF.

⁶⁴⁶ Artículo 9o. LNM y 60 y ss. del RCF.

⁶⁴⁷ Artículos 98 y 99 RCF.

dormitorio, módulo, nivel, sección y estancia, por lo que queda prohibida la comunicación entre internos de distintos dormitorios, módulos y secciones, de igual manera opera por lo que se refiere a las áreas de trabajo, aulas y comedores⁶⁴⁸.

En cuanto a los servicios médicos dentro de los Centros, éstos deberán ser suficientes para atender toda clase de necesidades de salud física y mental, así como en caso de ser necesario, la elaboración de dietas especiales de alimentación. Este Centro estará a cargo de personal dependiente de la institución, sólo en tratándose de casos graves, o en virtud de a incapacidad para prestar la atención se autorizará la intervención de médicos del sector salud ajenos al Centro, así como de médicos particulares⁶⁴⁹.

En estas instituciones únicamente podrá autorizarse la visita de familiares y amistades, cónyuge o concubina, autoridades, defensores y ministros acreditados de cultos religiosos. La visita familiar e íntima deberá ser autorizada previamente por el Consejo Técnico, mediante la promoción y aceptación del interno⁶⁵⁰.

Estos son algunos de los aspectos del régimen penitenciario mexicano. Sin embargo, ha sido frecuentemente denunciado el divorcio que existe entre la práctica penitenciaria y las disposiciones legales. Importantes trabajos ha realizado la Comisión Nacional de Derechos Humanos, respecto del estado que guarda la ejecución de la pena

⁶⁴⁸ Artículos 20, 101 y 102 RCF.

⁶⁴⁹ Artículos 45-53 RCF.

⁶⁵⁰ Artículo 12 LNM y 33-44 RCF.

privativa de libertad en las prisiones mexicanas, que muestran un abismo entre lo que dispone la ley y la realidad cotidiana en esos centros⁶⁵¹

Las correcciones disciplinarias son aplicables en caso de infracciones al Reglamento de estos Centros, así como de las demás disposiciones relativas. Son impuestas por el director con la opinión del Consejo Técnico⁶⁵². Pueden consistir en: amonestación en privado, amonestación en público, suspensión total o parcial de estímulos por tiempo determinado, cambio de dormitorio, suspensión por tiempo determinado de visita familiar o íntima y cambio a la sección de tratamientos especiales⁶⁵³. La aplicación de la medida se hará previa audiencia del interno ante el Consejo y constará por escrito, pudiendo inconformarse ante el propio Consejo o ante la Dirección General de Prevención y Readaptación Social⁶⁵⁴. Las autoridades del Centro sólo harán uso de la fuerza en caso de resistencia organizada, conato de motín, agresión al personal o disturbios que pongan en peligro la seguridad del mismo, se levantarán las actas correspondientes y se notificará a las autoridades que deban intervenir o tomar conocimiento de los hechos⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ En estos documentos puede verse claramente que incluso los más elementales principios del régimen constitucional penitenciario son violados, por ejemplo, por lo que se refiere a la separación entre procesados y sentenciados. *Vid. Diagnóstico de las prisiones en México*, CNDH, México, 1991; *Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano*, CNDH, México, 1992; *Aspectos reales de los centros de reclusión en México*, CNDH, México, 1993.

⁶⁵² Artículo 13 LNM y 123 RCF, recién se promulgó el Reglamento de visitas de los Centros Federales de Readaptación Social, publicado el 25 de abril de 1994, en donde se reglamenta lo relativo a la visita familiar e íntima.

⁶⁵³ Artículos 124, 125 y 126 RCF.

⁶⁵⁴ Artículo 127 RCF.

⁶⁵⁵ Artículo 100 RCF.

Se ha considerado, así lo previene nuestra legislación, que la liberación es la última etapa de la ejecución penitenciaria, sin embargo la función de ésta no estaría completa si no se orientara y auxiliara al reo una vez que ha alcanzado la libertad, se trata de la asistencia posliberacional. Para ello la ley prevé la organización de Patronatos, que se encargarán de prestar asistencia moral y material a los excarcelados. Estos se integran con representantes gubernamentales y de los sectores empleadores y de trabajadores de la localidad, además de la representación del Colegio de Abogados y de la prensa local⁶⁵⁶.

6.3.3. Corrientes substitucionista y abolicionistas. El futuro de la prisión.

En la actualidad la prisión sufre una nueva crisis⁶⁵⁷, si no es que la misma de siempre, debido a su falta de fundamentación y los escasos resultados satisfactorios que produce. Hay opiniones encontradas respecto de la orientación de la función punitiva del Estado. A pesar de ser la readaptación social la orientación punitiva mayormente aceptada por los regímenes penitenciarios, tiene sus detractores⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Artículo 15 de la LMN. Vid. el Reglamento del Patronato para la reincorporación Social por el empleo en el Distrito Federal, de 23 de noviembre de 1988. Una importante obra sobre este tópico, por cierto pionera de la ayuda a los exconvictos, es *Asistencia a reos liberados*, de Sergio García Ramírez, Botas, 1966.

⁶⁵⁷ Provocada, de acuerdo con García Valdés, por "contradicciones insolubles" de la pena privativa de libertad. *Derecho penitenciario*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág.290.

⁶⁵⁸ Los autores que proponen el uso de las medidas alternativas, tienen como bandera propiciar el principio de readaptación social. "...el principio de la resocialización ha sido en gran medida el que ha orientado los movimientos de

Sus principales argumentos son las fallas del sistema penitenciario, sus problemas más agudos: la sobrepoblación, la falta de recursos, personal deficientemente capacitado, nulo efecto readaptador, marginación, efectos negativos del encierro, incluso, se ha dicho de ella, que es un “factor criminógeno”⁶⁵⁹.

Entre los males que afectan a la prisión, Cuello Calón dice, “separa al recluso de la sociedad, de su familia, de sus amigos, de sus compañeros de trabajo,...agrava sus tendencias antisociales y crea en el preso un espíritu hostil y agresivo contra la sociedad. El recluso vive en una mortal monotonía, ...su alimentación, generalmente es pobre, inferior a la que su organismo exige”⁶⁶⁰.

Además de las molestias físicas, numerosos estudios e investigaciones han puesto de manifiesto que la cárcel afecta también la psique y el espíritu del recluso, originando en él reacciones y evoluciones que le diferencian en el aspecto psíquico del hombre que no está privado de libertad. Por lo que las reacciones del encarcelado con el ambiente y consigo mismo, son anormales⁶⁶¹.

reforma, buscando las fórmulas legislativas que mejor pudieran propiciar la efectividad de aquél.”, V.V.A.A., *Alternativas a la prisión*, Instituto de Criminología de Barcelona-PPU, Barcelona, 1986.

⁶⁵⁹ XII Congreso Internacional de Criminología, París, 1950, cit., por Cuello Calón, “¿Debe suprimirse la pena de prisión?”, cit., pág.417.

⁶⁶⁰ *Ult., op. cit.*, págs.417-418.

⁶⁶¹ “Sólo después de largo tiempo, y a veces tras de varias crisis nerviosas, se logra la adaptación a la sociedad, y sólo parcialmente se recobra el uso de las facultades psíquicas, tal como lo exige la lucha por la existencia. Muchas veces los presos quedaron para siempre reducidos a los que se llama un *hombre roto*.”, Jiménez de Asúa, *Psicoanálisis criminal*, cit., pág.276.

Unas muestras de estas alteraciones, según diversos autores, son⁶⁶²: su excitabilidad se hace patológica, su capacidad de reacción cae por debajo del nivel normal, es al mismo tiempo suprasensible y obtuso, todos quedan nivelados y estereotipados igualmente, pierde la capacidad de reconcentrarse, se debilita su memoria, pierde determinación y equilibrio emocional, en él se despiertan fantasías, quimeras, ilusiones, destruye su vitalidad, su sensibilidad se amortigua, su espíritu se tuerce, es víctima de la neurosis.

Algunos de los rasgos más sobresalientes de la psicología del recluso son la mentira, la hipocresía, el disimulo y la simulación. Estos rasgos, más otros, son conocidos como efectos desocializadores; claro está, que los influjos psicológicos de la prisión no son iguales en todos los reclusos. Sin embargo, un efecto que por el contrario, es más bien generalizado, es el de la prisionización⁶⁶³, que consiste en la adaptación al régimen de vida carcelario, pérdida de la personalidad, absorción en la vida carcelaria, adaptación de normas, dogmas y costumbres⁶⁶⁴.

“Este proceso de adaptación a la vida de la cárcel -dice Villicaña- que va en sentido inverso al que pretende el sistema de readaptación, se

⁶⁶² Cfr. Cuello Calón, *idem.*, págs.418-420.

⁶⁶³ “Prisionización”, de acuerdo con Marcó del Pont, *Derecho penitenciario*, *cit.*, págs.199 y ss. Ver el interesante trabajo de Lucy Reidl, *Prisionización en una cárcel para mujeres*, Biblioteca Mexicana de Readaptación y Prevención Social, Secretaría de Gobernación, México, 1975.

⁶⁶⁴ “La vida en reclusión se identifica por la aparición de una (cultura) subalterna, la llamada sociedad carcelaria en la que se observa un conjunto de valores y normas que coexisten paralelamente con el sistema oficial de la institución...caracterizado por un código de reclusos que impone sus propias sanciones y la lealtad entre presidiarios.”, Abel Villicaña Estrada, “La crisis de la pena de prisión y los medios alternativos”, pág.880.

lleva a cabo a través de un fenómeno de desculturización caracterizado por la pérdida de las capacidades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad⁶⁶⁵.

Otro de los argumentos esgrimidos por los detractores de la readaptación, y que ha dado lugar en otros países a la llamada “contra-reforma”, se refiere a la casi imposibilidad de “readaptar” a cierto tipo de delincuentes⁶⁶⁶, sobretudo a aquellos que se encuentran involucrados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo y otras clases de delincuencia organizada⁶⁶⁷, en la que las causas que motivan el delito son más complejas que la necesidad o la ignorancia; asimismo, representa este sector un problema más, del Estado, de la sociedad y de la administración penitenciaria, al hacerse difícilmente practicable el tratamiento, cuando pueden obtenerse privilegios, con la colaboración de autoridades. Este tipo de presos poderosos, ejercen en la prisión un rol de autoritario que merma la autoridad de los directivos de la prisión, convirtiendo a ésta en un pequeño imperio, desde donde es muy probable que se continúe con la actividad delictiva.

Ha sido además, frecuentemente planteada la contradicción que existe entre su misión y la forma en que se ejecuta. Estas cuestiones ponen en entredicho, nuevamente, la eficacia y eficiencia de la pena

⁶⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶⁶ Baratta, Alessandro, “Cárcel y Estado social”, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Olivos, Enrique, Troita, Madrid, 1992, pág.137.

⁶⁶⁷ Tómense en cuenta también los delitos llamados de “cuello blanco”, o incluso los cometidos con el empleo de tecnologías muy avanzadas, aparentemente, los delincuentes que los cometen están perfectamente adaptados a las normas de la sociedad, no requieren de readaptación.

privativa de libertad, sobretudo por la creencia “errónea” de que el castigo puede producir efectos provechosos. En opinión de Algunos como Barnes y Teeters⁶⁶⁸, castigar a los penados y reformarlos, no es posible al mismo tiempo, son, a su parecer conceptos antagónicos.

En pocas palabras, como dice Villicaña Estrada, ha desaparecido la fe en la posibilidad de recuperación social del hombre bajo condiciones de falta de libertad, de internamiento forzoso en forma de acuartelamiento, junto con otras personas igualmente perturbadas en forma notable o por completo desarraigadas⁶⁶⁹.

Todos estos planteamientos, han dado lugar al surgimiento de corrientes dentro del penitenciarismo moderno que pretenden su substitución por otras medidas menos “graves”, o en todo caso, la supresión absoluta de la misma. El movimiento substitucionista tuvo uno de sus precursores en Ferri, quien para superar las desventajas del encarcelamiento propuso una serie de medios alternativos que en su variedad respondían a la pluralidad de delitos y de delincuentes⁶⁷⁰.

Corriente substitucionista.

Durante los años sesenta y principios de los setenta se empezó a utilizar la *probation*⁶⁷¹ como medida alternativa. Fue en esos años cuando

⁶⁶⁸ Junto con Sutherland y East, citados por Cuello Calón. “¿Debe suprimirse...?”, *cit.*, págs.425-426.

⁶⁶⁹ *Op. cit.*, pág.876.

⁶⁷⁰ *Sociología criminal*, tomo II, 5a edición. Turin, 1930, pág.515 y ss.

⁶⁷¹ Ver los interesantes artículos Norenilla Rodríguez. José María, “Las medidas alternativas de la prisión: orientaciones del Consejo de Europa, *Poder*

comenzó a extenderse la preocupación por utilizar nuevas penas alternativas a la pena de prisión. Otro de los factores fue que el incrementó en el uso de penas privativas de libertad de corta duración, más que contribuir a la prevención del delito, agravaba considerablemente los problemas carcelarios. Estas medidas también llamadas ambulantes, surgen como crítica a los limitados efectos positivos del encarcelamiento, así como por el elevado costo que supone mantener a los establecimientos penitenciarios⁶⁷².

Su fundamento estriba en que existen otros bienes jurídicos, distintos a la libertad y a los que su titular concede una estimación igual o superior que a la libertad ambulatoria, de los que el hombre puede ser privado por el poder estatal, cumpliendo la amenaza de su privación una función de prevención general similar a la que cumple la pena de prisión⁶⁷³.

De las medidas alternativas, se pueden distinguir tres categorías:
a) las que intentan modificar la aplicación de las penas privativas de libertad; b) que imponen sanciones diferentes a las privativas de libertad;

Judicial, núm.8, septiembre, Madrid, 1983, págs.141-146; Doñate Martín, Antonio, "La 'probation' como alternativa a la pena privativa de libertad", *Poder Judicial*, núm.10, Madrid, 1984, págs.69-76.

⁶⁷² "Van encaminadas, en primer lugar, a evitar el factor criminógeno e inadaptable que significa el paso por la cárcel de un número elevado de delincuentes, en particular los más jóvenes y los primarios, y en segundo lugar, a reducir la privación completa de libertad a supuestos muy específicos y casi excepcionales, contribuyendo con ello a atemperar el problema de la masificación penitenciaria." *Alternativas a la prisión, cit.*, pág.13.

⁶⁷³ Sáinz Cantero, cit., por García Valdés, Cfr. *Derecho penitenciario, cit.*, pág.291.

y c) medidas que tienden a evitar la imposición de una pena privativa de libertad o, en general, cualquier tipo de sanción.⁶⁷⁴

Las primeras se refieren a acuerdos tomados al momento de dictar la sentencia y su intención es modificar la condena a encarcelamiento, permite una privación de libertad parcial⁶⁷⁵, ya sea en forma intermitente o en un establecimiento fuera del sistema de prisiones, incluso en el hogar del delincuente. Tienden a restringir parcialmente la libertad lo menos posible.

Estas medidas son, la semidentención, que implica la detención parcial, por la que se permite al preso salir del establecimiento a trabajar, a realizar sus estudios o a someterse a tratamiento médico. El tiempo que pasa privado de su libertad se limita, a las horas de la noche o al tiempo libre. Permiso de trabajo, por el que se permite a una persona sentenciada emplearse fuera de la prisión. Detención de fin de semana, constituye una privación por periodos, ya sea los fines de semana o en el tiempo libre. Arresto domiciliario, permite al reo cumplir una sentencia corta en su propia casa. Cumplimiento en una institución externa, en lugar de la prisión, supone el caso de centros de atención a alcohólicos o drogadictos⁶⁷⁶.

La segunda categoría, permite al juzgador ordenar como sanción principal una que no sea privativa de libertad⁶⁷⁷, por ejemplo: sanciones

⁶⁷⁴ Fernández Muñoz, Dolores. *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, UNAM-III, México, 1993, pág.141.

⁶⁷⁵ Cfr. *Alternativas a la prisión, cit.*, págs.21-23, 116-119.

⁶⁷⁶ Fernández Muñoz, *op. cit.*, págs.141-142.

⁶⁷⁷ Cfr. *Alternativas a la prisión, cit.*, págs.60 y ss.

pecuniarias y económicas en general, comprende el género de sanciones pecuniarias a la multa, compensación a las víctimas, confiscación o restitución de los productos o ganancias del delito, contribución fija a institución sin fines de lucro o de caridad. Sanciones que restringen o suspenden derechos, como la inhabilitación para manejar automóviles, confiscación, restitución de los productos del delito, inhabilitación para dedicarse a determinada ocupación, medidas educativas, sanciones morales como la amonestación y la reprensión o la imposición de ciertas obligaciones, la libertad sujeta a vigilancia.

Las medidas *on probation*, evitan el encarcelamiento para sustituirlo por la supervisión del delincuente fuera del sistema carcelario, facilitar su rehabilitación. Servicio o trabajo comunitario, sin remuneración económica por un número determinado de horas⁶⁷⁸.

Las medidas que tienden a evitar la imposición de una pena, son los recursos que permiten al juzgador, una vez declarada la culpabilidad del sujeto, no imponerle ninguna sanción⁶⁷⁹ y, pueden ser: suspensivas de la ejecución de la pena, por las que se difiere el cumplimiento de la pena de prisión, puede ser de pena de prisión suspendida, por la que la sentencia no surte efectos a menos que el delincuente cometa otro delito sancionado con prisión. Sentencia condicional, por la que la sentencia es suspendida por un periodo de prueba.

Medidas encaminadas a diferir la sentencia, que puede consistir en aplazamiento de sentencia, hasta por seis meses, para evaluar la conducta

⁶⁷⁸ Fernández Muñoz, *op. cit.*, págs.142-149.

⁶⁷⁹ Cfr. *Alternativas a la prisión, cit.*, págs 121 y ss. 155 v ss.

del sujeto antes de sentenciarle. Sentencia diferida, en función de las perspectivas de rehabilitación del sujeto, si se ha reparado el daño y han cesado las molestias causadas por el delito⁶⁸⁰.

Las medidas encaminadas a la no imposición de pena, consisten en la abstención, por parte del tribunal, de imponer sanción alguna. Son empleadas porque el juzgador considera que no es necesaria la pena, basadas en la confianza del sujeto, o el perdón judicial⁶⁸¹.

Las medidas alternativas que hemos enumerado, son las más frecuentemente empleadas; sin embargo, debemos decir que únicamente son respuesta para cierto tipo de delincuencia, así como sólo atienden a delitos castigados con penas privativas de corta duración, en su mayoría no mayores de dos años. Por lo que sigue pendiente el problema que consiste en cómo sustituir la prisión, cuando ésta es impuesta en delitos considerados graves.

No es posible asegurar que estas medias alternativas sean invariablemente sustitutivos de la prisión, pues en la mayoría de los casos se usan cuando el encarcelamiento no es aplicable y no se ha probado que funcionen en tratándose de hechos delictivos violentos o graves.

Algunas de estas medidas alternativas han sido acogidas por el sistema penal mexicano, como el tratamiento en libertad, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad, la conmutación de sanciones, el internamiento de farmacodependientes, el confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, decomiso de instrumentos, objetos y productos

⁶⁸⁰ Cfr. *Alternativas a la prisión, cit.*, págs.237 y ss.

⁶⁸¹ Fernández Muñoz, *op. cit.*, págs.149-151.

del delito, amonestación, apercibimiento, suspensión o privación de derechos, inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, vigilancia, etcétera, que son recogidas por nuestra legislación penal como penas y medidas de seguridad y pueden ser impuestas como pena principal o accesoria, dependiendo del delito.

Además el problema principal del hacinamiento penitenciario se debe fundamentalmente al problema de los presos preventivos⁶⁸², sobre los que no se pueden aplicar aún, ninguna de estas medidas⁶⁸³.

No considero que los problemas que enfrenta el sistema penitenciario, puedan ser resueltos a la luz de estas operaciones alternativas. Deben revisarse detalladamente los catálogos delictivos y sus correspondientes sanciones, así como fomentar el empleo legal y racional de estas disposiciones, para que no queden como letra muerta, a fin de que la pena de prisión se reserve exclusivamente a los casos necesarios.

Corriente abolicionista.

La corriente abolicionista⁶⁸⁴ surge como reacción a la corriente substitucionista y se plantea incluso la supresión completa del aparato represivo estatal. Debemos distinguir a la corriente abolicionista

⁶⁸² Véase la obra colectiva, *El preso sin condena en América Latina*, Instituto Americano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. San José, Costa Rica, 1983.

⁶⁸³ La intervención de Rodríguez Manzancra, en *Alternativas al sistema carcelario*, Cuadernos de la Fundación encuentro. Madrid, 1993, págs.146-151; *id.*, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1984.

⁶⁸⁴ Fernández Muñoz, *op. cit.* . págs.169-185

del delito, amonestación, apercibimiento, suspensión o privación de derechos, inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, vigilancia, etcétera, que son recogidas por nuestra legislación penal como penas y medidas de seguridad y pueden ser impuestas como pena principal o accesoria, dependiendo del delito.

Además el problema principal del hacinamiento penitenciario se debe fundamentalmente al problema de los presos preventivos⁶⁸², sobre los que no se pueden aplicar aún, ninguna de estas medidas⁶⁸³.

No considero que los problemas que enfrenta el sistema penitenciario, puedan ser resueltos a la luz de estas operaciones alternativas. Deben revisarse detalladamente los catálogos delictivos y sus correspondientes sanciones, así como fomentar el empleo legal y racional de estas disposiciones, para que no queden como letra muerta, a fin de que la pena de prisión se reserve exclusivamente a los casos necesarios.

Corriente abolicionista.

La corriente abolicionista⁶⁸⁴ surge como reacción a la corriente substitutionista y se plantea incluso la supresión completa del aparato represivo estatal. Debemos distinguir a la corriente abolicionista

⁶⁸² Véase la obra colectiva, *El preso sin condena en América Latina*, Instituto Americano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, San José, Costa Rica, 1983.

⁶⁸³ La intervención de Rodríguez Manzanera, en *Alternativas al sistema carcelario*, Cuadernos de la Fundación encuentro, Madrid, 1993, págs.146-151; *id.*, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1984.

⁶⁸⁴ Fernández Muñoz, *op. cit.* págs.169-185

restringida, que pretende la abolición de un aspecto específico del sistema penal⁶⁸⁵, de la radical que considera al sistema penal en su conjunto, un problema social y por lo tanto, requiere ser eliminado.

Los abolicionistas critican de la corriente substitucionista, proponer una ampliación de la red que es el sistema penal, aumentando el número de personas sujetas al control social formal, así como que estas alternativas, constituyen un peligro de ser transformadas en nuevas estructuras carcelarias con funciones similares a las de las propias cárceles.

Consideran que el sistema penal es un problema en sí mismo, porque causa un sufrimiento innecesario, está desigualmente repartido y parece difícil de controlar. En relación con el encarcelamiento, consideran que en muchos casos es injusto, ya que la pena resulta innecesariamente dura en relación con el delito.

Entre sus propuestas para eliminar el sistema penal se encuentra la institución de formas descentralizadas de regulación autónoma de conflictos, donde aquéllos que están involucrados directamente tengan mayor influencia. Las sanciones penales deben ser reemplazadas por tratamientos médico o pedagógico. Sustituir la cárcel por otros

⁶⁸⁵ Nils Christie se refiere principalmente a la abolición del Derecho penal, *vid.*, *Civilization of conflicts in crime and crime control in Scandinavia*, Copenhagen, Research Council for Criminology, 1980; Louk Hulsman al concepto del delito, *vid.*, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984; y Thomas Mathisen del sistema carcelario, *vid.*, "The politics of abolition", *Scandinavian Studies in Criminology*, vol. 4, Scandinavian University Books, Oslo, 1974, entre otros.

mecanismos disciplinarios que lleven a la configuración de una sociedad disciplinaria.

Las críticas que se han hecho a esta corriente se centran básicamente en que de ningún modo presentan un plan detallado para la realización concreta de la abolición del sistema de justicia penal; así como los elementos que permitan construir un nuevo y menos problemático sistema de control social⁶⁸⁶. Se acuerdo con Zaffaroni⁶⁸⁷, el control social por otros mecanismos, como pudieran ser los administrativos, médicos, pedagógicos, o, incluso, civiles, con facultades penales encubiertas, se convertirían en más peligrosos, represivos e irracionales.

El futuro de la prisión.

Es innegable que los problemas que enfrenta la prisión como pena, como institución y como fenómeno social, son numerosos y graves. El problema de la justificación de esta medida debe ser resuelto en medio de una crisis social, en la que se enfrentan valores contradictorios, por un lado la lucha contra la criminalidad, que se traduce en exigencia de mayor severidad en los castigos y actuación inflexible del aparato represivo, en aras de la seguridad y bienestar de la colectividad y por el otro, el respeto de los derechos de los delincuentes, la garantía de readaptación. Desde mi punto de vista son dos caras de la misma moneda.

⁶⁸⁶ Fernández Muñoz, *op. cit.*, pág.184.

⁶⁸⁷ "El abolicionismo penal de L. Hulsman". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, enero-marzo, pág.364.

La corriente abolicionista, más allá de dar una solución no sólo posible, sino probable al problema, como le llaman, que es el sistema penal, y con éste la prisión, se pierde en una ilusión, la fantasía de una sociedad sin delito. Aunque también es mi deseo, al tenor de la situación de desigualdad que predomina en las sociedades contemporáneas, veo difícilmente practicable una supresión total del aparato represivo estatal.

Estas teorías parecen olvidar la evolución que ha seguido la humanidad respecto del comportamiento criminal y su persecución y castigo. Han pasado muchos siglos y han sucedido innumerables descalabros, para lograr la construcción del sistema penal actual, necesariamente la construcción de uno mejor deberá hacerse sobre la base del actual, de otro modo volverían a pasar los siglos, para que la humanidad disfrutase de una sociedad en la que no fuera necesaria la represión estatal, en la que el autocontrol funcionara sin venganza, con equidad, humanitariamente.

En estos días no sólo parece, sino que es impracticable la desaparición de la prisión. Los esfuerzos deben ir dirigidos a buscar y a lograr el justo equilibrio entre el valor social y el individual. Hay mucho que hacer todavía para convertir nuestras prisiones en ese mecanismo humanitario y readaptador que consignan las leyes. No se pueden desviar los esfuerzos en intentos inútiles de protagonismo doctrinal; la única batalla está tras los muros, si de verdad se quiere garantizar el bienestar social, si son sinceros los deseos de auténtica libertad, deberá procurarse a los hombres libres una manera productiva de existir que se traduzca en plenitud de vida, pero sobretodo reorientar la existencia del que está privado de ella, para que vuelva a su seno renovado, productivo, para ello

es necesario seguir pendientes de su internamiento, procurarle medios, respetar sus derechos, darle elementos para desenvolverse en la sociedad sin necesidad de atacarla, de ser parte de ella.

La sociedad debe volver la mirada a sus prisiones, a sus delincuentes, participar más activamente en el camino readaptador, recibirle con oportunidades y olvido, para construir, todos y cada uno de sus miembros, una comunidad pacífica, camino de presenciar la grandeza de la raza humana⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ "Por el instante, este derecho en favor del reo es una utopía. ..Pero un mundo quiebra y otro se abre. Jamás se ha dado cuenta el hombre que vivió en el confin de una época, de que asistía, con el doble carácter de espectador y actor, al alumbramiento de una nueva Edad.". Jiménez de Asúa, *Psicoanálisis criminal, cit.*, pág.334.

CONCLUSIONES

FALTA PAGINA

329..a la 331

CONCLUSIONES

1. A pesar de la complejidad que encierra el tema de la libertad, el orden jurídica ha recogido este valor humano para salvaguardarlo, estableciendo su contenido y fijando los límites de la acción particular y estatal en beneficio del medio colectivo. La libertad del individuo es interna y externa. A propósito de las interrelaciones sociales, que se dan a partir de la comunidad organizada, interesa particularmente el uso del individuo de su libertad externa, la interna escapa el alcance del mundo normativo. Por lo tanto debe entenderse a la libertad también como autonomía e independencia del individuo respecto de la sociedad o comunidad a la que pertenece, e incluso, frente al Estado.
2. La libertad del individuo encuentra un primer límite natural en la libertad de los demás. La vida en comunidad, no siempre pacífica, sino alterada constantemente por conflictos, producto de la convivencia, requiere para su solución -en bienestar de la misma comunidad-, la imposición a los individuos de determinadas conductas, que normen la actividad de todos y cada uno de manera que resulte compatible con la de los demás, calificando así sus acciones. Cuando el individuo rompe o desobedece esta norma de convivencia, la comunidad le impone una prevención a fin de mantener el orden social.

3. La comunidad jurídicamente organizada ha depositado en el Estado la facultad de proteger ese orden a través de una serie de mecanismos de control. Uno de ellos es el Derecho penal, por el que el Estado, en uso del *ius puniendi*, establece el catálogo de conductas reprobables, sancionándolas con una pena, que será impuesta y ejecutada por él mismo al infractor.
4. Los actos humanos son, en la mayoría de los casos, expresiones volitivas de la conducta en uso de la libertad; por lo que los actos cometidos implican para su autor responsabilidad, la que a la luz del Derecho penal y en virtud de la jurídicamente impracticable demostración del libre albedrío, se traduce en culpabilidad, entendida como la posibilidad de imputar un suceso negativo a determinado sujeto. De este modo, el Estado, en virtud de una ley por él prevista, aplica al sujeto que la infringe, la sanción o medida que le corresponda.
5. Evolutivamente, la represión legítima del Estado a estas conductas, ha afectado diversos bienes del penado, desde su vida, su cuerpo, su honra, sus bienes.
6. De entre los numerosos instrumentos con que cuenta el Estado, previstos por la ley penal, para castigar a los infractores, está la prisión, el encierro, que implica la privación de ese bien jurídico personal. Esta, ha tenido en el transcurso de la historia de la humanidad distintos significados, los más diversos fines y se ha logrado mediante sinnúmero de medios. Pero ha experimentado un cambio notable al afectar la libertad, primero como medio para atormentar, mutilar o dejar sin vida; posteriormente para ayudar a

expiar en la expiación su culpa, la que no siempre estaba desligada de la aflicción física.

7. La privación legítima de la libertad, como medio de control y respuesta del Estado a la criminalidad, comprende el estudio de numerosos aspectos con ella relacionados, su legalidad, aplicabilidad y ejecución. El fenómeno de la prisión como pena conlleva, asimismo, una serie de cuestiones fundamentales como son la administración penitenciaria, personal, régimen interno, vida en prisión y excarcelación, por citar sólo algunos. Por todo esto debe ser analizada desde una óptica global, pues comprende un complejo de situaciones, que vistas particularmente poco contribuyen a apreciar la en su verdadera dimensión la realidad penal y penitenciaria.
8. Por otro lado, lo desbordante de su contenido lleva a aceptar, por fuerza mayor, las limitaciones propias de los trabajos de investigación sobre el tema. El panorama es muy amplio, la perspectiva general implica la falta de profundización en cada punto concreto, ya que cada uno de ellos bien vale un trabajo por separado. Del mismo modo no es posible tratar de solucionar el rompecabezas que significa esta figura jurídica, valiéndonos únicamente del conocimiento teórico, la verdadera enseñanza, la dimensión auténtica está desde dentro de la prisión misma, en las fuerzas que orientan al legislador, en la persona del juez y del acusador, en “la trinchera”; pero todos somos parte, querámoslo o no, del problema penitenciario; de todos debe ser la preocupación por solucionarlo.
9. La Constitución, como orden supremo normativo del Estado mexicano consagra importantes disposiciones de carácter penal. Es

obligada su referencia por cuanto hace de la actividad punitiva del Estado, una función de protección de los bienes jurídicos que ella misma consagra, entre ellos la libertad.

10. Esta función -poder-deber- que detenta en exclusiva el Estado, se encuentra condicionada por las disposiciones que de carácter legislativo, jurisdiccional y ejecutivo, consagra la Constitución en materia penal, limitando la actividad persecutora, juzgadora y punitiva de los órganos del Estado a quien ella misma confiere la facultad de llevarlas a cabo, garantizando el Estado de Derecho y las libertades de los ciudadanos, así como su misión protectora de la sociedad.
11. Los principios que se desprenden del texto constitucional revelan las características de un derecho penal democrático, con una bien marcada función preventiva de la pena como protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad, en el que además se establece la estricta sujeción al principio de legalidad, y en el que se pretende no sólo servir a la mayoría y protegerla de la delincuencia, sino también, respetar y atender a quien ha delinquido, ofreciéndole alternativas a su comportamiento criminal.
12. Estos principios son de orden sustantivo, procesal y ejecutivo, ámbitos que importan a propósito de la privación de la libertad personal, como pena o medida prevista por la ley, impuesta a un sujeto por los tribunales, por habersele declarado culpable de un hecho delictivo sancionado con esta pena, obligándolo a cumplirla en condena, o bien, por encontrarse sujeto a la acción de la justicia por su probable responsabilidad en la comisión de uno, también sancionado con pena privativa.

13. Además de las disposiciones constitucionales, la materia penal se rige por un cuerpo de leyes y demás disposiciones, entre ellas la sentencia, que se conoce como ordenamiento penal nacional y que constituyen las fuentes internas del derecho penitenciario, como leyes sustantivas, generales y especiales; procesales y procedimentales; y, administrativas y ejecutivas. Asimismo, existen numerosos tratados, acuerdos, pactos, convenios y demás disposiciones internacionales, que en algunos casos son, para México, fuente interna, por haber sido debidamente suscritos, y en otros, aunque no sea vinculante en nuestro orden interno, son aceptadas como guías para la actualización y progreso del tratamiento de la materia penal nacional.
14. El tema de la privación de la libertad pertenece al ámbito de la ciencia del Derecho penal, particularmente del Derecho ejecutivo penal, que es la ciencia normativa que estudia las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Del que cabe destacar la rama del Derecho penitenciario, que comprende el conjunto de normas relativas, exclusivamente, al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (prisión), y que atiende a la organización y funcionamiento de los establecimientos destinados a este efecto, por lo que se refiere al local, el personal, régimen interior, seguridad y vigilancia, etcétera.
15. Integran la síntesis penitenciaria una serie de ciencias y disciplinas autónomas que confluyen en el ámbito penitenciario a la organización y funcionamiento de sus establecimientos, así como a la determinación, seguimiento y evaluación del tratamiento de los internos, en las diversas áreas que lo integran. Estas disciplinas son: arquitectura, administración, medicina, trabajo social, pedagogía correctiva,

psicología, sociología y Derecho. De donde resulta evidente el carácter no sólo técnico, sino también científico de la tarea penitenciaria.

16. Naturalmente, el Derecho penitenciario mantiene estrecho vínculo con otras disciplinas penales. De la importancia que se le de a estas relaciones dependerá la mejor comprensión de la misión del Derecho penitenciario, pues estas le aportan elementos fundamentales que es necesario tomar en cuenta al momento de plantear un tema o problema concreto de esta disciplina. Entre otras, están principalmente, el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal, la Penología y la Criminología, eje del tratamiento penitenciario.
17. Los fines asignados a la pena se adecuan a la situación histórica, constitucional y social del presente respectivo, su legitimación exige que se penetre cognoscitivamente en un complejo de múltiples capas, bajo circunstancias continuamente transformadas. La privación de la libertad como género, tiene o le son asignados tantos fines, como supuestos restrictivos haya. Actualmente, los fines asignados a la pena son la prevención general y la prevención especial.
18. Corresponde a la Política criminal determinar y aplicar el conjunto de medidas y prácticas que el Estado toma para prevenir, reprimir y controlar la criminalidad. Esto lo logra a través de una serie de mecanismos como la reforma legislativa, la administración y procuración de justicia, los programas policiacos y de protección ciudadana, así como la planeación y administración penitenciaria.

19. Son aplicables a la Política criminal, los principios de subsidiariedad del Derecho penal y el de intervención mínima. Para el primero, el Derecho penal, los tribunales represivos y la sanción penal deberán ser la *ultima ratio*, el último recurso del Estado para resolver las controversias planteadas ante sus órganos, si éstas pueden resolverse en el ámbito del Derecho civil o del Derecho administrativo, por ejemplo. El segundo supuesto es aplicable en virtud de que el Derecho penal debe intervenir solamente en tratándose de casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Que no significan lo mismo, a pesar de la confusión doctrinal, pues mientras el primero prevé la solución de conflictos por otras vías, distintas de la penal, el segundo se aplica, para la protección de los más preciados bienes jurídicos, cuando ésta, no puede ser resuelta por vías alternas. Piénsese, por ejemplo, en un conflicto patrimonial o laboral, que puede ser resuelto a través de otras instancias jurídicas, antes de intervenir el Derecho penal, no es así, en tratándose de la vida.
20. La privación de la libertad como género, implica una extensa serie de posibilidades restrictivas y privativas, ya como medida cautelar, de seguridad o bien, como pena. El uso indistinto del término “privación”, ha producido una confusión respecto del alcance temporal de la misma. Se advierte la pertinencia técnica de llamarle, por lo que al Derecho mexicano se refiere, “restrictivas”, en vez de “privativas”, porque no es posible, ni jurídica, ni materialmente, la supresión absoluta de la libertad personal, además porque nuestro sistema penal no prevé la reclusión perpetua, sí, en cambio, la temporal.

21. Como medida cautelar, asegurativa, personal, legal, restrictiva, temporal, la restricción de la libertad puede consistir en aprehensión, detención, aseguramiento, arraigo y prisión preventiva. Cada uno de estos supuestos normativos posee rasgos característicos, son motivados por diversos supuestos y en principio reciben un tratamiento jurídico diverso. Es común confundirlos: aprehensión con detención y ambas con la preventiva, sin embargo es preciso detenerse en las precisiones, no sólo terminológicas que emplea la legislación, para conocer detalladamente los sutiles, pero fundamentales rasgos que las diferencian que, además, producen efectos diversos respecto de su impugnación, es decir, respecto de la protección a la libertad.
22. Como pena, la restricción de la libertad puede consistir en reclusión en lugar especial, tratamiento en libertad, semilibertad, confinamiento y prohibición de ir a lugar determinado. Una excepción a la privación como instrumento del derecho penal, es el arresto administrativo, que igualmente consiste en la privación temporal de la libertad personal.
23. Como medida de seguridad, puede consistir en tratamiento de inimputables en internamiento, ya se trate de farmacodependientes o menores infractores.
24. Una de las garantías con que cuenta aquella persona que se ha visto privada o restringida en su libertad, como efecto de acciones legítimas por parte de la autoridad es la posibilidad legal de obtener la libertad o de disminuir la restricción, evidentemente con las precauciones que dicten las necesidades, ya de la averiguación, ya del proceso. Este ejercicio liberatorio se compone de diversos mecanismos que se encuentran previstos en todos los supuestos de privación o restricción

de la libertad personal, pudiendo ser tramitados desde el acto mismo de captura, pasando por la averiguación previa, hasta la conclusión del proceso e incluso durante la ejecución.

25. La prisión preventiva es una grave medida restrictiva de la libertad, para la que no se ha encontrado aun solución al conflicto de intereses que plantea, además de que tampoco se cumplen, en la práctica, las circunstancias de brevedad y excepcionalidad con que la legislación y la doctrina la han bautizado. A estos problemas, hay que sumarle, la arbitrariedad y el abuso con la que se ejecuta, sin mencionar el régimen en que se aplica, violatorio del mandamiento constitucional de separación entre procesados y sentenciados, los perjudiciales efectos que produce, tanto para el individuo que la sufre, como para la sociedad; así como el excesivo costo que para el Estado y para la sociedad significa mantener este régimen.
26. No debe de ponerse en duda la existencia de esta institución. Me parecen suficientes los argumentos que la legitiman como instrumento de aplicación de la ley; no debemos olvidar que es finalmente el sujeto a quien van dirigidas las leyes, por quien se administra la justicia, pues es éste integrante de la sociedad a la que sirve. Corresponde a todos y cada uno, cuando así se requiera, responder ante la autoridad de las acciones que puedan lesionar el bienestar colectivo, será el cumplimiento de estricto de la ley la mejor garantía de que se vive en un Estado de Derecho.
27. Es necesario revisar la legislación penal, en el sentido de restringir verdaderamente el uso de la preventiva a los casos excepcionales, esto sólo puede lograrse, mediante la revisión rigurosa de las sanciones

correspondientes a los delitos, para salvar así nuestro rígido sistema de aplicación mecánica.

28. Debe promoverse el empleo de otras medidas, también cautelares, asegurativas y personales que no impliquen para el inculpado más molestias de las necesarias para asegurar el cumplimiento y aplicación de la ley.
29. Debe encontrarse la forma de acelerar los procesos penales con detenido, pues no bastaran los espacios físicos que se construyan, para albergar por años y años, a personas cuya responsabilidad apenas es probable, en vez de construir cárceles preventivas, deben crearse más juzgados, prepararse más jueces.
30. Es necesario, finalmente, por lo que respecta a la preventiva, no sólo buscar, sino encontrar el más justo equilibrio entre los intereses que hay se encuentran, la compatibilidad entre disciplina y libertad del individuo, autoridad y respeto a la personalidad del indiciado, la aplicación de esta medida en un ambiente propicio, para los fines a que dice servir y no como factor de desocialización.
31. Al hablar de “prisión”, debemos hacerlo en un doble sentido: por un lado, en el sentido dogmático penal, a la pena privativa de libertad, como consecuencia prevista en un supuesto típico punible, aplicada como sanción a un sujeto determinado, en un acto judicial, producto de un proceso penal; y por el otro, a la prisión, como fenómeno jurídico y social, como sistema e institución.
32. Estos conceptos se correlacionan para dar por resultado un concepto lato de lo que es la prisión punitiva. No “pena de prisión”, o

simplemente “prisión”. Estas identificaciones por sí solas, sólo implican un aspecto concreto.

33. El análisis de la prisión punitiva, debe hacerse de un modo integral y no como problema aislado, ya legislativo, sustantivo, procesal o ejecutivo. De este modo queda comprendida como un fenómeno multifacético, a cuyo estudio convergen el Derecho penal sustantivo, el Derecho penal adjetivo, el Derecho ejecutivo y de éste, el Derecho penitenciario; así como la criminología, principalmente.
34. Prisión punitiva, es la institución social y jurídica, que implica la privación de la libertad personal, prevista por la ley, impuesta por un órgano especialmente facultado para ello, y ejecutada a través de un régimen, por un lapso de tiempo determinado, en el que buscan conseguirse determinados fines a través de un sistema, aplicado en una institución especial.
35. Cuatro son los elementos importantes a considerar respecto de la prisión punitiva: legalidad, duración, régimen, tratamiento. Son importantes también las causas que la determinan, las consecuencias que origina y la finalidad que persigue.
36. En la actualidad la prisión punitiva sufre una nueva crisis, si no es que la misma de siempre, su falta de fundamentación y los escasos resultados satisfactorios que produce.
37. Hay opiniones encontradas respecto de la orientación de la función punitiva del Estado. A pesar de ser la readaptación social la orientación punitiva mayormente aceptada por los regímenes penitenciarios, tiene sus detractores. Sus principales argumentos,

además de la frecuente desproporción entre el delito y la pena, son las fallas del sistema penitenciario, sus problemas más agudos: la sobrepoblación, la falta de recursos, personal deficientemente capacitado, nulo efecto readaptador, marginación, efectos negativos del encierro, incluso, se ha dicho de ella, que es un “factor criminógeno”.

38. Otro de los argumentos esgrimidos por los detractores de la readaptación, y que ha dado lugar en otros países a la llamada “contra-reforma”, se refiere a la casi imposibilidad de “readaptar” a cierto tipo de delincuentes, sobretodo a aquellos que se encuentran involucrados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo y otras clases de delincuencia organizada, en la que las causas que motivan el delito son más complejas que la necesidad o la ignorancia; asimismo, representa este sector un problema más, del Estado, de la sociedad y de la administración penitenciaria, al hacerse difícilmente practicable el tratamiento.
39. A partir de estas críticas han surgido dentro del penitenciarismo moderno algunas teorías que pretenden su substitución por otras medidas menos “graves”, o en todo caso, la supresión absoluta de la misma.
40. Las medidas alternativas que se proponen únicamente representan una respuesta a cierto tipo de delincuencia, así como sólo atienden a delitos castigados con penas privativas de corta duración, en su mayoría no mayores de dos años. Por lo que sigue pendiente el problema que consiste en cómo sustituir la prisión, cuando ésta es impuesta en delitos considerados graves.

41. No es posible asegurar que estas medias alternativas sean invariablemente sustitutivos de la prisión, pues en la mayoría de los casos se usan cuando el encarcelamiento no es aplicable y no se ha probado que funcionen en tratándose de hechos delictivos violentos o graves, cuando además, los sujetos que los cometen revelan características especiales que hacen poco viable la efectividad del sustitutivo penal.
42. No considero que los problemas que enfrenta el sistema penitenciario, puedan ser resueltos a la luz de estas operaciones alternativas. Deben revisarse detalladamente los catálogos delictivos y sus correspondientes sanciones, pues a pesar de estar previstas en la legislación -algunas de ellas, como es el caso de México-, no se emplean de manera directa.
43. Debe fomentarse el empleo legal y racional de estas disposiciones, para que no queden como letra muerta, a fin de que la pena de prisión se reserve exclusivamente a los casos necesarios, a los delitos más graves.
44. La crítica más frecuente que se han hecho a la corriente abolicionista, se centra básicamente en que de ningún modo presenta un plan detallado para la realización concreta de la abolición del sistema de justicia penal; así como tampoco aporta los elementos que permitan construir un nuevo y menos problemático sistema de control social. La corriente abolicionista, más allá de dar una solución no sólo posible, sino probable al problema, como le llaman, que es el sistema penal, y con éste la prisión, se pierde en una ilusión, en la fantasía de una sociedad sin delito.

45. Es innegable que los problemas que enfrenta la prisión como pena, como institución y como fenómeno social, son numerosos y graves. El problema de la justificación de esta medida debe ser resuelto en medio de una crisis social, en la que se enfrentan valores contradictorios, al tenor de una situación de desigualdad que predomina en las sociedades contemporáneas, es por esto que considero difícilmente practicable una supresión total del aparato represivo estatal.
46. En estos días no sólo parece, sino que es impracticable la desaparición de la prisión. Los esfuerzos deben ir dirigidos a buscar y a lograr el justo equilibrio entre el valor social y el individual.
47. Debe procurarse la práctica de las medidas de libertad anticipada, en los casos en que proceda, así como la ejecución efectiva del régimen preliberacional y las instituciones abiertas.
48. Hay que capacitar más y mejor personal penitenciario con verdadera vocación de servicio, que pueda y quiera hacer renacer en el recluso, al ser humano digno, con capacidades intelectuales, afectivas y valorativas que llevan dentro, no al delincuente; pero no basta con ellos, hay que promover cuidadosamente la participación de los miembros de la comunidad dentro y fuera de las cárceles, para lograr una verdadera readaptación social, fomentar las interrelaciones a fin de no olvidar a los que están dentro, divulgar y contagiar la necesidad social de reintegrar activamente a la población que hoy se encuentra reclusa, pero que mañana será libre otra vez.
49. Deben aprovecharse todos los caminos e instrumentos readaptadores. Queda claro que no se pretende con la readaptación, manipular

individuos, sino superar carencias. Por ello el tratamiento readaptador debe ser integral, formativo no sólo de conocimientos, sino también, valorativo, afectivo, psíquico.

50. Es necesario que los conocimientos más avanzados en las más diversas disciplinas, así como los recursos económicos, materiales y humanos necesarios, se pongan al servicio de la tarea penitenciaria, para crear no más, sino mejores espacios físicos, en donde se cree el ambiente propicio para aplicar y evaluar el tratamiento, lugares de readaptación y no de desocialización.
51. Hay mucho que hacer todavía para convertir nuestras prisiones en ese mecanismo humanitario y readaptador, para los internos, en ese instrumento protector de la sociedad, que consignan las leyes. No se pueden desviar los esfuerzos en intentos inútiles de protagonismo doctrinal; la única batalla está tras los muros, si de verdad se quiere garantizar el bienestar social, si son sinceros los deseos de auténtica libertad, deberá procurarse a los hombres libres una manera productiva de existir que se traduzca en plenitud de vida, pero sobretodo reorientar la existencia del que está privado de ella, para que vuelva a su seno renovado, productivo, para ello es necesario seguir pendientes de su estancia en internamiento, procurarle medios, respetar sus derechos, darle elementos para desenvolverse en la sociedad sin necesidad de atacarla, de ser parte de ella.
52. La sociedad debe volver la mirada a sus prisiones, a sus delincuentes, participar más activamente en el camino readaptador, dejando de ser víctima, para convertirse en procurador, recibirle con oportunidades y olvido, para construir, todos y cada uno de sus miembros, una

comunidad pacífica, solidaria, en la que las acciones delictivas se conviertan en oportunidades de hacer cada vez, una nueva sociedad, más comprensiva, humanitaria, menos vindicativa y represiva.

BIBLIOHEMEROGRAFIA

FALTA PAGINA

347...a la 349

BIBLIOHEMEROGRAFIA

LIBROS

1. ADATO DE IBARRA, Victoria. *La cárcel preventiva de la Ciudad de México. "Lecumberri", vista por un juez*. Botas, México, 1972.
2. AGUILAR CUEVAS, Magdalena. *El defensor del ciudadano*. UNAM-CNDH. México, 1991.
3. ALONSO ESCAMILLA, Avelina. *El juez de vigilancia penitenciaria*. Civitas. Madrid, 1984.
4. ARILLA BAS, Fernando. *El procedimiento penal en México*, Editores mexicanos unidos, 7a. edic. México, 1978.
5. ARNAZ, Enrique. *Cultura y prisión*. Edit. Popular. Madrid, 1988.
6. ASCENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Civitas. Madrid, 1987.
7. AZAOLA, Elena, *La institución correccional en México. Una mirada extraviada*. ed. siglo XXI, 1a. edic. México, 1990.
8. BARBERO SANTOS, Marino. *Marginación social y derecho represivo*. Bosch. Barcelona, 1980.
9. BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1982.

10. BARRAGAN BARRAGAN, José. *Legislación mexicana sobre presos, cárceles y sistema penitenciario (1790-1930)*. Secretaría de Gobernación, México, 1976.
11. BARRITA LÓPEZ, Fernando. *Prisión preventiva y ciencias penales*, Porrúa, 1a. edic. México, 1990.
12. BECCARIA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. Porrúa, México.
13. BERGALLI, Roberto. *Readaptación social por medio de la ejecución penal?*. Instituto de Criminología, Madrid, 1976.
14. BERINSTAIN, Antonio. "*Crisis del Derecho Represivo*", Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.
15. _____ *Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema)*, Reus, Madrid, 1962.
16. BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. *Lecciones de derecho penitenciario*. Imprenta, Universitaria, México, 1953.
17. BETEGÓN, Jerónimo. *La justificación del castigo*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992.
- 18.
19. CAFFERATA NORES, José I. *La excarcelación*, De Palma, Buenos Aires, T. I., 1988.
20. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar. *La rehabilitación*. Bosch. Barcelona, 1960.
21. CARPIZO, Jorge. *¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos?*. CNDH, México, 1990.
22. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho penitenciario (cárcel y penas en México)*. Porrúa, 3ª edic., México, 1986.

23. CARRANZA, Elías; HOUEJ, Mario, Luis Paulino y ZAFFARONI, E. Raúl. *El preso sin condena en América Latina*. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, San José, Costa Rica, 1983.
24. CASTAÑEDA GARCÍA, Carmen. "*Prevención y Readaptación social en México*", cuadernos no. 3 INACIPE, México, 1979.
25. COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Diagnóstico de las prisiones en México*, serie folletos, México, 1991/12.
26. _____ *Manual de conocimientos básicos para el personal de centros penitenciarios*, colección manuales, México, 1990/1.
27. _____ *Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano*, México, 1991.
28. _____ *Proyecto modelo de reglamento de establecimientos penales*, México, 1992.
29. CUADERNOS CRIMINALIA. *Clasificación de prisiones*. trad. José Luis Vargas. No. 17, México, 1952.
30. CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología I*, Bosch, Barcelona, España, 1958.
31. CUEVAS SOSA, Jaime y García de Cuevas, Irma. *Derecho Penitenciario*. Ed. Jus, 1a ed, México, 1977.
32. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, Porrúa, 2a. ed. México, 1989.
33. ESCALONA BOSADA, Teodoro. *La libertad provisional bajo caución*. México, 1968.

34. FOUCALT, Michael, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, trad. española, siglo XXI, México, 1981.
35. FERNÁNDEZ, Ma. Dolores, *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, I.I.J.-UNAM, México, 1993.
36. GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Alternativas a la prisión*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.
37. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Asistencia a reos liberados*. Botas, México, 1966.
38. _____ *Comentarios a la Ley de Normas Mínimas*, edición en Multtilith, Dirección General de Servicios coordinados de prevención y readaptación social, México, 1977.
39. _____ *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas*. cuadernos No. 6, INACIPE, México, 1981.
40. _____ *Derecho penal*, UNAM-III, México, 1990.
41. _____ *Derecho procesal penal*. Porrúa, México, 1989.
42. _____ *Derecho procesal y derechos humanos*. Porrúa, México, 1993.
43. _____ *El artículo 18 constitucional*. UNAM. México, 1967.
44. _____ *El nuevo procedimiento penal mexicano*, Porrúa, México, 1994.
45. _____ *Justicia penal*, Porrúa, México, 1982.
46. _____ *Estudios Penales*, Biblioteca de la Universidad Autónoma de Coahuila, México, 1982.

47. _____ *La prisión*. UNAM-FCE, México, 1975.
48. _____ *Legislación penitenciaria y correccional comentada*. Cardenas Editores, México, 1978.
49. _____ *Los derechos humanos y el Derecho penal*. Miguel Angel Porrúa, 2a. edic. México, 1988.
50. _____ *Manual de prisiones. La pena y la prisión*. 3ª edic., Porrúa, México, 1994.
51. _____ *Noticia penitenciaria mexicana*, Secretaria de Gobernación, México, 1970.
52. _____ *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, Ed. Logos, México, 1962.
53. _____ *Temas Jurídicos*, Porrúa, México, 1976.
54. GARCÍA VALDES, Carlos. *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Civitas. Madrid, 1982.
55. _____ *Derecho Penitenciario*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989.
56. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *La reforma penitenciaria en México*, Ateneo Nacional de Ciencias y Artes de México, 1946.
57. _____ *Bases Jurídicas comparadas en tratamiento de los presos*, Imprenta Universitaria, México, 1948.
58. _____ *Colonias penales e instituciones abiertas*, Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, México, 1956.
59. GUZMÁN, Martín Luis, *Islas Marias*, Compañía General de Ediciones, 4ª edic., México, 1971.

60. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *La pena de arresto de fin de semana*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1982.
61. HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *El proceso penal federal comentado*. Porrúa, México
62. HUACUJA BATANCOURT, Sergio. *La desaparición de la prisión preventiva*. Trillas, México, 1989.
63. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Ed. Losada, 3a edic. Buenos Aires, 1965, T.III
64. JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho penal mexicano*. Edit. Porrúa, 2a edic. México, 1977. T.I.
65. LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas*, Porrúa, 1a edic. facsimilar, México, 1982.
66. LOMBROSO, César, *Ilusiones de los juristas sobre las cárceles*, en *Revista Mexicana de Legislación y Jurisprudencia*, T. VII, 1894. (Rep. en *Rev. Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, México, 1973, núm. 10).
67. LONDOÑO JIMÉNEZ. *De la captura a la excarcelación*. 2a edic. temis, Argentina
68. MALO CAMACHO, Gustavo. *Historia de las cárceles en México*, cuardenos no. 5, INACIPE, México, 1979.
69. _____ *Manual de Derecho penitenciario mexicano*. Secretaría de Gobernación, serie manuales de enseñanza. México, 1976.
70. _____ *Método para la aplicación práctica de la Ley de Normas Mínimas para la readaptación de sentenciados*. Imprenta de la Escuela Nacional de Artes Gráficas, México, 1973.

71. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, *Amparo en materia penal*, 3ª edic., Porrúa, México, 1993.
72. _____ *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, 4ª edic., Porrúa, México, 1992.
73. MARCHIORI, Hilda. *El estudio del delincuente. Tratamiento penitenciario*. Edit. Porrúa, México, 1982.
74. MARCÓ DEL PONT, Luis. *Derecho penitenciario*. Cardenas Editores, primera reimpresión, México, 1991
75. _____ *Penología y sistemas carcelarios*, I, Depalma, Buenos Aires, 1974.
76. MARCUÉ, Antonio R., *Un infierno en el Pacífico*, 1ª edic., Editorial Diana, México, 1973.
77. MARTÍNEZ ORTEGA, Judith. *La Isla*. Imprenta Universitaria, México, 1959.
78. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Presente y futuro de la legislación penal. Historia del Derecho penal del nuevo milenio*, INACIPE, México, 1991.
79. MONTORO PUERTO, Miguel. *Aspectos administrativos y judiciales de la libertad condicional*. Estudios Administrativos. Madrid, 1973.
80. MORRIS, Norval. *El futuro de las prisiones*, siglo XXI, México, 1981.
81. NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios*, De Palma, Buenos Aires, Argentina 1971.
82. _____ *Prisión abierta: una nueva experiencia penológica*, 2ª edic., De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1982.

83. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. *Derecho de ejecución de penas*. Edit. Porrúa, 2a edic. México, 1985.
84. PINEDA, Fanny (comp.). *Compendio de leyes de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados y ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad en la República Mexicana*. CNDH, México, 1991.
85. PIÑA Y PALACIOS, Javier. *La cárcel perpetua de la inquisición y la Real Cárcel de la Corte de la Nueva España*, Botas, México, 1971.
86. _____ *La colonia penal de las Islas Mariás*, Botas, México, 1970.
87. POWER, Jonathan, *En contra del olvido*. Trad. Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica, 1ª. edic. México, 1985.
88. PROGRAMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DEL DELITO. *El sistema penitenciario en México*. Tomo I, Secretaría de Gobernación-Porrúa, México, 1988.
89. REVUELTAS, José. *Los muros de agua*, Ed. Novaro, México, 1970.
90. RIVERA SILVA, Manuel. *El procedimiento penal*. Porrúa, México, 1991.
91. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*. Cuadernos no. 13, inacipe. 1a. edic. México, 1984.
92. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *La detención*. AKAL/IURE. 1a. Edic. Madrid, 1987.

93. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*. Cuadernos del I.I.J. serie B, Estudios comparativos, número 19, I.I.J.- UNAM, México, 1991.
94. RUIZ FUNES, Mariano. *La crisis de la prisión*, Jesús Montero Editor, La Habana, Cuba, 1949.
95. TAVIRA, Juan Pablo de. *A un paso del infierno*, Editorial Diana, México, 1988.
96. TERRAZAS, CARLOS R. *Los derechos humanos y las sanciones penales en México*. Cuadernos INACIPE, no. 32, México, 1989.
97. TORRES SASIA, Armando. *El programa de los nuevos centros federales de reclusión*, Inacipe, México, 1991.
98. SANCHEZ GALINDO, Antonio. *Penitenciarismo, la prisión y su manejo*. inacipe, México 1991.
99. SANTIAGO CRUZ, Francisco. *San Juan de Ulua, biografía de un presidio*. Jus. México, 1966.
100. TORRES SASIA, Armando. *El Programa de los Centros Federales de Reclusión. Estudios y Ensayos*. inacipe. México, 1991.
101. VALMAÑA OCHAITA, Silvia. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990.
102. VARIOS. *Alternativas a la prisión*. Instituto de criminología de Barcelona. Barcelona, 1986.
103. VARIOS. *Alternativas al sistema carcelario actual*. Cuadernos de la Fundación Encuentro. Madrid, 1993.
104. VARIOS. *Capellanías penitenciarias*. Instituto Vasco de criminología. San Sebastián, 1993.

105. VARIOS. *Cárceles de mañana*. Instituto Vasco de criminología. San Sebastián, 1993.
106. VARIOS. *Cárcel y derechos humanos*. Bosch. Barcelona, 1992.
107. VARIOS. *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1992.
108. ZAFFARONI, E. Raúl, *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primer informe. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
109. _____ *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

LEGISLACION MEXICANA (básica)

110. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
111. Código penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. *D.O.* del 14 de agosto de 1931.
112. Código Federal de Procedimientos penales. *D.O.* del 30 de agosto de 1934.
113. Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal. *D.O.* del 29 de agosto de 1931.
114. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados. *D.O.* del 19 de mayo de 1971.

- 115.Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura. *D.O.* del 27 de diciembre de 1991.
- 116.Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia Federal. *D. O.* del 24 de diciembre de 1991.
- 117.Ley de extradición internacional. *D.O.* del 29 de diciembre de 1975.
- 118.Reglamento de la Colonia penal federal de las Islas Marias. *D.O.* del 17 de septiembre de 1991.
- 119.Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social. *D.O.* del 30 de agosto de 1991.
- 120.Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal. *D.O.* del 20 de febrero de 1990.
- 121.Reglamento del Patronato para la reincorporación social por el empleo en el Distrito Federal. *D.O.* del 23 de noviembre de 1988.
- 122.Reglamento de Visitas a los Centros Federales de Readaptación Social. *D.O.* de 25 de abril de 1994.
- 123.Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- 124.Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal
- 125.Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
- 126.Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación
- 127.Reglamento de la Penitenciaría de México 1902.
- 128.Proyecto de Reglamento de Ejecución de la Reclusión Cautelar en el Distrito Federal. 1974

129. Proyecto de Reglamento de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en el Distrito Federal. 1974.

TRATADOS, CONVENCIONES Y OTRAS DISPOSICIONES INTERNACIONALES

130. Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 10 de diciembre de 1948, O.N.U.

131. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos DE 1966.

132. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

133. Tratado entre México y los Estados Unidos de América sobre la ejecución de sentencias penales. *D.O.* del 10 de noviembre de 1977.

134. Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y Canadá sobre ejecución de sentencias penales. *D.O.* del 26 de marzo de 1979.

135. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, O.N.U.

136. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. *D.O.* del 6 de marzo de 1986.

137. Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. *D.O.* del 11 de septiembre de 1987.

138. Reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos, 30 de agosto de 1955, Ginebra Suiza, O.N.U.

139. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990.

140. PLANES Y PROGRAMAS DE GOBIERNO

141. Censo Nacional Penitenciario 1990-1991, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección. Protección y Readaptación Social.
142. Programa Nacional Penitenciario 1989-1994. Presidencia de la República.
143. Programa de Otorgamiento de Libertades Anticipadas 1992-1994. Secretaría de Gobernación
144. Programa Nacional de Infraestructura Penitenciaria 1994. Secretaría de Gobernación.

REVISTAS

145. ALBACAR LÓPEZ, José Luis. "Reflexiones sobre la individualización de las penas", *Poder Judicial*. Madrid. Núm. 6, Marzo 1983, págs. 85-91.
146. ALBRECHT, Hans Joerg. "The fine in the German penal sanctioning system", en *Research in Criminal Justice*, Instituto Max Planck, Freiburg, Alemania, vol. 2, 1982, págs. 225-245.
147. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. "La institución del Juez de vigilancia en el Derecho comparado: sus relaciones con la administración penitenciaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXIX, fasc. 1, enero-abril, Madrid, 1986, págs. 76-88.
148. AMOR, Paul. "La institución francesa del juez de aplicación de penas", *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid. Núm. 198, julio-septiembre 1992, págs. 417-442.

149. ALTMANN SMYTHE, Julio. "La pena privativa de libertad", *Anuario del Instituto de Ciencias penales y criminológicas*. Caracas, núm. 2, 1968, Venezuela.
150. _____ "El tratamiento correccional y la lucha contra el delito", *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación social*. v. II. núm. 11, 1973, México.
151. _____ "¿Deben suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?", en *Criminalia*, año XXXIX, núms. 7 y 8, julio-agosto, México, 1973.
152. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. "La nueva regulación constitucional de la libertad bajo caución, en varios autores, *La reforma jurídica de 1984...*
153. ANIYAR DE CASTRO, Lolita. "Notas para la discusión de un control social alternativo", *Estudios de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México, 1985, págs. 7-22.
154. ARRANZ ALONSO, Gregorio. "El indulto y la política penitenciaria", *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid. Núm.197, abril-junio 1992, págs. 339-385.
155. ARROYO ZAPATERO, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid. Núm. 8, mayo-agosto 1983, págs. 9-46.
156. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Blanca MENDÓZA BUERGO. "Hacia una ley de contravenciones. El modelo Portugués, *Estudios de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México, 1985, págs. 35-86.
157. _____ "Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad", en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, vol. I, enero-marzo, México, 1983.

158. BARBERO SANTOS, Marino. "Los marginados ante la ley penal (la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social *de lege ferenda*)", *Libro Homenaje a Antón Oneca*. Salamanca, 1982. Págs. 39-56.
159. BARRAGÁN BARRAGÁN, José. "Las bases fundamentales del Derecho penitenciario mexicano", en *Legislación y Jurisprudencia*, núm 22, vol. VI, septiembre-diciembre, I.I.J.-UNAM, México, 1977.
160. BARREDA SOLORZANO, Luis de la. "Abolir la prisión: un canto de sirenas", *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril 1992, México, págs. 13-21.
161. _____ "Evolución penal e inflación punitiva"., *Revista del Instituto de Ciencias Penales y criminología de la Universidad de Externado de Colombia*, Bogotá, v. V, núm. 18, 1982.
162. BARRETO RANGEL, Gustavo. "Penas y medidas de seguridad", *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril 1992, págs. 22-34. México.
163. BARRITA LÓPEZ, Fernando. "Algunas consideraciones en torno a la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional", en *La reforma jurídica de 1984...*
164. BELEZA DOS SANTOS, José. "El juez de ejecución de las penas en Portugal", Trad. Antonio Carretero Pérez, *Revista de Estudios Penitenciarios*. Núm. 122, mayo-junio 1956. Págs. 308-325.
165. BERCHELMANN ARIZPE, Antonio. "El tratamiento en libertad en el sistema de readaptación social mexicano", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año III, núm 3, julio 1979-julio 1980, México.
166. BERGALLI, Roberto. "Las prisiones desde fuera. Las prisiones desde dentro", en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987, págs. 107-113.

167. _____ "¿Qué se condena: individuos o e propio sistema penal?", ponencia al simposium de sociología jurídica, celebrado en México, I.I.J.-UNAM, México, 1994.
168. BIGERIEGO GONZÁLEZ-CAMINO, Ignacio. "Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal", *La Ley*, Madrid. Tomo I, 1993. Págs. 994-997.
169. BUENO ARUS, Francisco. "Aspectos sustantivos y procesales de la redención de penas por el trabajo", *Poder Judicial*, Madrid. Núm. 8, septiembre 1983. Págs. 55-66.
170. _____ "La dimensión jurídica de la pena de prisión", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, tomo XL, enero-abril, Madrid, 1987.
171. _____ "Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia", *Poder Judicial*, Madrid. Núm. 2, 1980.
172. _____ "Los principios constitucionales y el Derecho Penal", *Revista de Derecho penal Y criminología*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. No. 1, 1991.
173. _____ "Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios", *Anuario de Derecho Penal 1969*, págs. 283-311.
174. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Pena privativa de libertad y política criminal", en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987, págs. 93-103.
175. CAMARA BOLIO, Ma. Josefina. "Las cárceles en México y su evolución", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, Tomo XXXII, enero-abril, Madrid, 1979.

176. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Substitutivos de la pena privativa de libertad según la legislación mexicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXX, septiembre-diciembre 1980, núm. 117, págs. 727-741.
177. _____ "La desorganización penitenciaria en México", en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, núm, 6, México, 1967.
178. CARRILLO PRIETO, Ignacio. "La libertad de caución en la doctrina jurídica mexicana y en el Derecho constitucional comparado, en *La reforma jurídica de 1984...*
179. CENICEROS, José Angel. "La frustrada colonia penal. Las Islas Mariás", en *Criminalia*, año XXX, núm 9, México, 1964.
180. COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Javier. "Derechos fundamentales del condenado. Reeduación y reinserción social". *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I "Derecho penal y Constitución". Págs. 217-227.
181. _____ "Garantías Constitucionales del Derecho sancionador", *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I "Derecho Penal y Constitución". Págs. 191-215.
182. _____ "Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración civil", *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I "Derecho Penal y Constitución". Págs. 229-232.
183. CÓRDOBA RODA, Juan. "La cuestión de la necesidad de readaptación social como presupuesto de la condena penal", en *La Reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1980.
184. DAGA, Luigi. "El régimen abierto en Italia: aspectos generales, tendencias e indicaciones de la experiencia italiana", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, Madrid 1988, págs. 27-30.

185. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. "Bases constitucionales en materia penal", *Criminalia*, año LVIII, núm 1, enero-abril 1992. México, págs. 40-69.
186. DOÑATE MARTÍN, Antonio. "La 'probation' como alternativa a la pena privativa de libertad", *Poder Judicial*, Madrid, No. 10, 1984. Págs. 69-76.
187. _____ "La suspensión con puesta a prueba y el trabajo social al servicio de la comunidad", en *Terceras Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1987, págs. 251-279.
188. DUENKEL, Frieder. "Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm 10, año IV, enero-abril, UNAM, 1988, págs. 101-125.
189. FAIRÉN GILLÉN, Víctor. "La detención antes del juicio", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1971, págs. 755-769.
190. FERNÁNDEZ MUÑOZ, Ma. Dolores. "Rehabilitación en las prisiones: ¿Exito o fracaso?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ns, año XIX, núm 57, septiembre-diciembre 1986, I.I.I.-UNAM, págs. 907-920.
191. GARCÍA BASALO, Carlos. "¿A dónde va la prisión?", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, núm 3, año III, julio 1979-junio 1980, México.
192. GARCÍA CORDERO, Fernando. "La prisión preventiva y su legislación secundaria", *Revista Mexicana de Justicia*, julio-agosto 1982, México.
193. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de

- Derechos Humanos", *Poder Judicial*, Madrid, No. 25, marzo 1992. Págs. 9-31.
194. GARCÍA MARTÍ, Francisco Javier. "La ejecución de sentencias privativas de libertad y la insuficiente regulación de sus trámites", *Revista General de Derecho*, Madrid, núms. 577-578, octubre-noviembre 1992. Págs. 9559-9602.
195. GARCÍA VALDÉS, Carlos. "La reforma penitenciaria: Crónica de una transición", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982, págs. 223-232.
196. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Programas y estrategias de prevención del delito", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, No. 79, curso 1991-1992, Madrid, 1992. Págs. 145-159.
197. _____ "La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo", en *Amario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1979.
198. _____ "Régimen abierto y ejecución penal", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm 240, Madrid, 1988.
199. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "A propósito de la prisión preventiva", Prólogo a Barrita López, *Prisión preventiva...*
200. _____ "Asistencia a reos liberados", *Criminalia XXXI*, no. 9, septiembre 1965, México.
201. _____ "Balance y resumen sobre el Centro Penitenciario del Estado de México", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado de México, Toluca, 1969.
202. _____ "Comentarios sobre el tratamiento extrainstitucional", *El Foro*, 6a. época, no. 15, octubre-diciembre 1978, México.

- Derechos Humanos", *Poder Judicial*, Madrid, No. 25, marzo 1992. Págs. 9-31.
194. GARCÍA MARTÍ, Francisco Javier. "La ejecución de sentencias privativas de libertad y la insuficiente regulación de sus trámites", *Revista General de Derecho*, Madrid, núms. 577-578, octubre-noviembre 1992. Págs. 9559-9602.
195. GARCÍA VALDÉS, Carlos. "La reforma penitenciaria: Crónica de una transición", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca 1982, págs. 223-232.
196. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Programas y estrategias de prevención del delito", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, No. 79, curso 1991-1992, Madrid, 1992. Págs. 145-159.
197. _____ "La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1979.
198. _____ "Régimen abierto y ejecución penal", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm 240, Madrid, 1988.
199. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "A propósito de la prisión preventiva", Prólogo a Barrita López, *Prisión preventiva...*
200. _____ "Asistencia a reos liberados", *Criminalia* XXXI, no. 9, septiembre 1965, México.
201. _____ "Balance y resumen sobre el Centro Penitenciario del Estado de México", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado de México, Toluca, 1969.
202. _____ "Comentarios sobre el tratamiento extrainstitucional", *El Foro*, 6a. época, no. 15, octubre-diciembre 1978, México.

203. _____ "Contribución al debate sobre prisiones y correccionales". Prólogo a Azaola, Elena, *La institución correccional...*
204. _____ "De la prisión antigua al tratamiento penitenciario", *Revista Michoacana de Derecho penal*, no. 9 agosto 1968, Morelia, Michoacán. México.
205. _____ "Desarrollos recientes del penitenciarismo mexicano", *La Ley*, 8 de feb. de 1971, Buenos Aires, Argentina.
206. _____ "El centro penitenciario de México", *Estudios de Deusto*, 2a época, vol. 19, fasc. 43, mayo-agosto 1971, Bilbao, España.
207. _____ "El centro penitenciario del Estado de México: significado, funcionamiento y proyecciones, en *Revista Mexicana de Derecho penal*, núm. 23, 1968.
208. _____ "El derecho penitenciario y sus situación en México", *Criminalia*, XXX, no. 4, 30 de abril de 1964, México.
209. _____ "Hacia la reforma penitenciaria en México: El Centro Penitenciario del Estado de México", *Criminalia* XXXIV, no. 5, mayo 1968, México.
210. _____ "La asistencia al liberado", *Estudios de Deusto*, vol. XVI, fasc. 35, septiembre-diciembre 1960, Bilbao, España.
211. _____ "La asistencia al liberado", Patronato para liberados del Estado de México, en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado, Toluca, 1969.
212. _____ "La crisis de la Prisión", *Criminalia* XXXV, num. 7, 31 de julio 1969, México.

203. _____ "Contribución al debate sobre prisiones y correccionales". Prólogo a Azaola, Elena, *La institución correccional...*
204. _____ "De la prisión antigua al tratamiento penitenciario", *Revista Michoacana de Derecho penal*, no. 9 agosto 1968, Morelia, Michoacán. México.
205. _____ "Desarrollos recientes del penitenciarismo mexicano", *La Ley*, 8 de feb. de 1971, Buenos Aires, Argentina.
206. _____ "El centro penitenciario de México", *Estudios de Deusto*, 2a época, vol. 19, fasc. 43, mayo-agosto 1971, Bilbao, España.
207. _____ "El centro penitenciario del Estado de México: significado, funcionamiento y proyecciones, en *Revista Mexicana de Derecho penal*, núm. 23, 1968.
208. _____ "El derecho penitenciario y sus situación en México", *Criminalia*, XXX, no. 4, 30 de abril de 1964, México.
209. _____ "Hacia la reforma penitenciaria en México: El Centro Penitenciario del Estado de México", *Criminalia* XXXIV, no. 5, mayo 1968, México.
210. _____ "La asistencia al liberado", *Estudios de Deusto*, vol. XVI, fasc. 35, septiembre-diciembre 1960, Bilbao, España.
211. _____ "La asistencia al liberado", Patronato para liberados del Estado de México, en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado, Toluca, 1969.
212. _____ "La crisis de la Prisión", *Criminalia* XXXV, num. 7, 31 de julio 1969, México.

213. _____ "La política penitenciaria del gobierno federal", *Criminalia* XXXIX, nums. 11 y 12, noviembre-diciembre 1973, México.
214. _____ "La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad", *Revista Jurídica Veracruzana*, no. 4, octubre, noviembre, diciembre, 1969, Xalapa, Veracruz. México.
215. _____ "Las medidas cautelares", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VIII, nums. 22 y 23, enero-agosto 1975, I.I.J.-UNAM, México.
216. _____ "Las reformas procesales penales de 1990", *El Derecho mexicano hacia la modernidad*, I.I.J.-Porrúa, México, 1991. Págs. 137-171.
217. _____ "Nuestra más reciente ley ejecutiva penal", *Derecho penal contemporáneo*, no. 24, enero-febrero 1968, México.
218. _____ "Nuestra más reciente Ley Ejecutiva Penal", en la *Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*, Gobierno del Estado, Toluca, 1969.
219. _____ "Panorama actual de la asistencia a liberados", *Criminalia* XXXVI, no. 1, 31 de enero de 1970, México.
220. _____ "Panorama sobre el penitenciarismo en México", en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, núm 9, vol. II, México, 1973.
221. _____ "Problemas fundamentales del tratamiento penitenciario", *Revista Mexicana de ciencias penales*, año I, no. 1, enero-junio 1978, México.
222. _____ "Progresividad del régimen penitenciario argentino", *Criminalia* XXXV, no. 9, 30 de septiembre 1969, México.

223. _____ "Sobre el régimen penitenciario", *Jurídica* T.I., no. 10, julio 1978, México.
224. _____ "Unidad de normas penitenciarias en la República de Perú", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año III, núm. 8, mayo-agosto 1970, I.I.J.-UNAM, México.
225. GARRIDO, Luis. "Una visita a Sing-Sing", en *Revista de la escuela Nacional de Jurisprudencia*, T.I, núm. 1, México, 1939.
226. GIMENO SENDRA, José Vicente. "Los juzgados de vigilancia penitenciaria", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 1/1982. Págs. 43-55.
227. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al maestro Eduardo García de Enterría*, Civitas, T. III, Madrid, 1991, págs. 1053-1197.
228. GUAYO CASTIELLA, Iñigo del. "El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la administración judicial", *Poder Judicial*, Madrid, núm. 27, septiembre 1992. Págs. 55-83.
229. HUIDOBRO PARDO, Angel de. "Visita de presos y penados por los tribunales", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 197, abril-junio 1972. Págs. 365-385.
230. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "La prisión preventiva en la Constitución mexicana", *Revista Mexicana de Justicia*, julio-agosto 1982, México.
231. _____ "La prisión preventiva, Doctrina y Constitución Mexicana", *Obra Jurídica Mexicana*, PGR, México, 1987, págs. 3285-3339.

232. JESCHECK, Hans Heinrich. "Enfoque juscomparativo de la multa como instrumento de la política criminal moderna", en *Ciencias Penales*, núm. 8, Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
233. JOACHIM Scheinder, Hans, "Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad", en *Derecho Penal y Criminología*, v. XV, núm. 49, enero-abril, Universidad Exterado de Colombia, 1993.
234. LARRAURI, Elena. "Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XL, fasc. 3, Madrid, 1987.
235. LORCA NAVARRETE, Antonio, Ma. "El proceso penal como sistema de garantías constitucionales", en *Anuario jurídico*, I.I.I. UNAM, XVII, México, 1990.
236. MADRAZO, Carlos A. Prelibertad en prisión preventiva, en Estudios jurídicos, *cuadernos no. 19*, INACIPE, 1ª edic. México, 1985.
237. MALO CAMACHO, Gustavo. "El sistema penitenciario mexicano y la Colonia Penal de las Islas Marías", *Revista Mexicana de Justicia*, enero-marzo 1985. México.
238. MANZANARES ZAMANIEGO, Luis. "Relaciones entre la administración penitenciaria y los jueces de vigilancia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, núm. 1, Madrid, 1984.
239. MAPELLI CAFFARENA, Borja. "El régimen penitenciario abierto", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 Madrid, 1979.
240. MARTÍNEZ BAEZ, Antonio. "La aplicación por las autoridades administrativas de las sanciones establecidas por las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno", en *La reforma jurídica de 1983...*

241. MARTÍNEZ CERDA, Nicolás. "El régimen penitenciario de México", *Revista Mexicana de Justicia*, marzo-abril 1987, México.
242. MONTES REYES, Amalia. "Administración y jurisdicción en la ejecución de las penas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 1/1987. Págs. 69-112.
243. MORRIS, Norval. "Alternativas de la prisión: fracasos y perspectivas", en *Doctrina y acción postpenitenciaria*, Publicación del Patronato de Liberados de la Capital Federal de la Argentina, Buenos Aires, año 2, núm 3, 1988, págs. 59-79.
244. MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982. Págs. 387-399.
245. _____ "Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera", en *VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1990, págs. 37-43.
246. NORENILLA RODRÍGUEZ, José María. "Las medidas alternativas de la prisión: Orientaciones del Consejo de Europa", *Poder Judicial*, Madrid, núm. 8, septiembre 1983. Págs. 141-146.
247. PAIZ SUÁREZ, Josefa-Ana de. "Algunas consideraciones sobre los permisos penitenciarios", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, no. 1, 1991.
248. PAVARINI, Massimo. "La cárcel en Italia, entre voluntades de descarceración y necesidades disciplinarias. Algunas observaciones teóricas al margen de la reforma a la reforma carcelaria (Ley 663 del 10 de octubre de 1986)", en *Poder y Control*, PPU, núm 3, Barcelona, 1987, págs. 119-129.

249. PÉREZ VELA, Elisa. "La protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea", *Sistema*, Madrid, núms. 114-115, junio 1993. Págs. 139-151.
250. PIÑA Y PALACIOS, Javier. "La situación de las prisiones en México (estudio y compilación)", *Criminalia*, año XXVII, núm. 4.
251. QUIROZ CUARÓN, Alfonso. "El régimen penitenciario en las entidades federativas", *Criminalia*, año XXIX, núm. 12, México, 1963.
252. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio. "La libertad provisional mediante caución y su protesta en la Constitución mexicana". *Revista Mexicana de Justicia*, julio-agosto de 1982.
253. REBOLLO PUIG, Manuel. "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", *Poder Judicial*, Madrid, no.29, marzo 1993. Págs. 59-78.
254. REINOSO Y REINO, Antonio. "Los derechos del detenido", *Libro Homenaje a Antón Oneca*. Salamanca, 1982, págs. 904-915.
255. RICO, José maría. "La pena privativa de libertad", *Revista Jurídica Veracruzana*, t. XXXIII, núm. 1, diciembre 1980-mayo 1981.
256. RIGHI, Esteban. "Antecedentes y evolución del sistema penitenciario mexicano", *Estudios de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México, 1985, págs. 363-380.
257. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. "Las alternativas a la prisión en el proyecto de Código Penal de 1992", *Estudios de Jurisprudencia*, Madrid, no. 6, 1993. Pág. 19-28.
258. RODRÍGUEZ JUÁREZ, Enrique. "Consideraciones sobre un centro penal", en *Inacipe, 10º aniversario*, T. II, México, 1986.

259. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. "Neurosis carcelaria y mecanismos de defensa", en *Derecho penal Contemporáneo*, núm. 35, 1969.
260. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. "La pena de galeras en la España moderna", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982. Págs. 523-537.
261. _____ "La prisión preventiva y los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm 2, Madrid, 1983.
262. _____ "La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad", *La Ley*, Madrid, Tomo 2, 1984. Págs. 1056-1059.
263. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. "La detención preventiva y su problemática actual", *Anuario Jurídico*, I.I.J.-UNAM, México, 1979, págs. 55-86.
264. RUIZ VADILLO, Enrique. "La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, págs. 931-956.
265. _____ "Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente", *Poder Judicial*, Madrid, 2ª época, núm. 25, marzo 1992. Págs. 83-93.
266. RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. "La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo", *Poder Judicial*, Madrid, no. 10, 1984. Págs. 150-157.
267. SABATER, Antonio. "Penas intermedias entre la libertad y la prisión", en *Revista de Derecho Judicial*, año VII, núm 27, julio-septiembre, Madrid, 1966.
268. SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. "El penado, esencia del Derecho penitenciario", *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación social*, v. I, núm. I, 1972. México.

269. SOTO NIETO, Francisco. "La prisión y la libertad provisional vistas por un juez", *Revista de Derecho procesal*, año XI, núm 4, 1955.
270. TOME, A. "Los métodos modernos del tratamiento penitenciario", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, núm. 122, mayo-junio 1956, págs. 332-335.
271. TORNO ABREU, Alcides del. "Un programa por objetivos para la enseñanza del derecho penitenciario", *Estudios de derecho penal y criminología en honor de Javier piña y Palacios*, Porrúa, México, 1985, págs. 161-170.
272. VEGA, José Luis. "175 años de penitenciarismo en México", *Obra Jurídica Mexicana*, PGR, México 1985, págs. 2753-2825.
273. _____ "La prisión moderna", Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 1972.
274. ZAFFARONI E., Raul. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", en *Ilanud*, San José de Costa Rica, 1983.
275. _____ "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina. Informe final 1985", en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. IV, núm. 2, abril-junio, México, 1986.
276. _____ "El abolicionismo penal de L. Hulsman", en *Doctrina penal*, enero-marzo, Buenos Aires, 1983.
277. ZAMORA PIERCE, Jesús. "Grandeza y miseria de los derechos humanos en el Derecho procesal penal mexicano", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año IV, núm. 10, enero-abril 1989.
278. _____ "La libertad provisional mediante caución y protesta en las leyes secundarias". *Revista Mexicana de Justicia*, julio-agosto de 1982.

279. _____ "Ampliación de la garantía de libertad bajo caución" en *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, UNAM, México, 1993.

_____ "Las garantías constitucionales son derechos mínimos que pueden ser ampliados". *Comentarios en el Curso de Actualización*, organizado por el I.L.L. de la UNAM, México, 11 de abril de 1991.

280. ZAMORANO, Manuel, "Programa penitenciario", *Revista de Ciencias Penales*, 2a. época, t. XIX, 1954, Santiago de Chile.

281. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Individualización judicial y administrativa de la pena privativa de libertad", *Ensayos de Derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Porrúa, México, 1985. Págs. 473-485.