

17
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ACATLAN"



"LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD COMO EL
MEDIO IDONEO PARA LA READAPTACION
DEL DELINCUENTE"

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
BEATRIZ ARMENDARIZ GOMEZ

PROCESALES
SOLICITUD
67 PM 10 27
Lh 95
CAMPUS ACATLAN
ESTADO DE
MEXICO

SANTA CRUZ ACATLAN, NAUCALPAN DE JUAREZ. EDO. DE MEX. 1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

003523



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.

D E D I C A T O R I A S :

A MIS PADRES: VICTOR Y SUSANA.

Por haberme dado la vida y con ello la oportunidad de realizarme como profesionista y ser quienes forman parte indispensable de mi vida, agradeciéndoles su apoyo, confianza y consejos.

A MIS ABUELITOS: FELIPE, CONSUELO Y REFUGIO.

Por brindarme su cariño y confianza, aprendiendo de sus virtudes, teniendo la oportunidad de conservarlos y disfrutarlos.

A MIS HERMANOS: SUSANA Y LOIS.

Por ser quienes durante mi vida y el resto de la misma me han acompañado y compartirán mis deseos, recuerdos, fracasos y victorias.

A MI SOBRINA: STEPHANIE MONTSERRAT.

Por haber despertado en mi un amor muy especial que no sabía que guardaba gracias a ella y por regalarme su ternura y cariño.

**AL AMOR DE MI VIDA:
MOISES.**

Por ser la única persona y más importante en mi vida emocional, por compartir los momentos difíciles y felices conmigo, brindándome su comprensión, respeto y sobre todo su amor a plenitud, demostrándome su valentía para perder algo de lo más importante por mí, aprendiendo con ello de su fortaleza, guardando nuestros recuerdos como el tesoro más preciado de mi existir.

**A ALGUIEN EN ESPECIAL:
LUCIA.**

Por ser la mujer más valiente que he conocido, agradeciéndole la oportunidad que me brindo para conocerla y de quien guardo gratos recuerdos, sin olvidar que me ha dejado algo de lo más importante de su vida como mujer y de lo cual estoy orgullosa de tener y cuidar por el resto de mi existencia.

**A MIS MAESTROS:
LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA.
LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ.
LIC. FRANCISCO PEREZ HERNANDEZ.**

Por haberme transmitido sus conocimientos y anécdotas dándome con eso la oportunidad de realizarme como profesionista.

**"LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO EL MEDIO
IDONEO PARA LA READAPTACION DEL DELINCUENTE"**

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA PENA, GENERALIDADES

A) Antecedentes.....	1
B) Evolución.....	6
C) Concepto.....	8

CAPITULO II

**CONFIGURACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
EN EL DERECHO PENAL**

A) Fundamentación.....	18
B) Las penas y las medidas de seguridad.....	32
C) La privación de la libertad en nuestro derecho positivo.....	40
D) La prisión en México, métodos y tratamientos.....	47

CAPITULO III

LA PENA COMO PREVENCION DEL DELITO

A) Prevención del delito.....	54
B) Fines de la aplicación de la pena.....	57
C) La pena de muerte.....	62
D) Nuestra realidad penitenciaria.....	65
E) Las prisiones de hoy.....	76

CAPITULO IV

LOS FINES DE LA PENA COMO PREVENCION GENERAL

A) Características de la privación de libertad.....	88
B) Formas extintivas de la prisión como pena y como medida cautelar.....	99
C) El prevailecimiento del orden jurídico.....	111
D) La intimidación como fundamento hipotético de prevención general negativo.....	117
CONCLUSIONES.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUCCION

El Sistema Penitenciario moderno debe establecer que la pena de cárcel impuesta por un Juez o un Tribunal no debe ser un castigo, sino un medio para que el delincuente tenga la posibilidad de reestructurar su personalidad dañada o insuficiente para vivir en sociedad, y no sólo no vuelva a causar daño, sino que además haga bien y sea una persona productiva. Por esta razón, el sistema total de trato y tratamiento al delincuente ha variado y deberá seguir variando considerablemente.

Sin embargo, subsisten personas e instituciones del pasado que se niegan a aceptar los nuevos lineamientos impidiendo el adelanto natural de nuestra disciplina. Este adelanto deberá estar siempre basado en principios humanitarios, técnicos, y científicos.

Todavía existen personas que piensa que el castigo duro y cruel como el de, ojo por ojo y diente por diente, debe subsistir; todavía hay prisiones cuyas construcciones se encuentran en peor estado que los cubiles de muchas fieras; aún hay directores de prisiones que piensan que un golpe, una injuria o vejación son preferibles, la promiscuidad que contamina y destruye a la clasificación que higieniza y previene. En fin aún hay quien prefiere como vigilante al propio delincuente, que apenas puede con toda su problemática

que al custodio joven, limpio, entusiasta y previamente capacitado.

A veces el mundo negativo se obstina en subsistir porque su superación implica un gran esfuerzo que no todos estamos dispuestos a efectuar y porque la inmoralidad ha creado intereses. Este esfuerzo entraña el conocimiento profundo de los elementos que se requieren para realizar la obra. Ellos son: individualización de tratamiento personal, idóneo, instalaciones adecuadas, principios de legalidad, patronatos para liberados y tratamiento a la víctima del delito.

El presente trabajo de investigación, pretende el analizar los fines jurídicos y sociales de la pena privativa de libertad, y en determinado momento justificar su utilización, deseando presentar una información en donde pueda encontrar respuesta al porque y para que el Estado castiga y de igual manera plantear la ineffectividad de los fines de la pena privativa de libertad en la práctica.

Pongo a consideración de la parte revisora el presente trabajo recepcional, esperando encontrar apoyo para su aprobación.

CAPITULO I

LA PENA, GENERALIDADES

Siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el *jus puniendi* y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales. Pero a efecto de dar una mayor claridad del tema en comentario, será oportuno puntualizar lo siguiente.

A) Antecedentes

A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes, a saber: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el período humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos

tiempos, denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

Antes de iniciar el estudio de cada uno de los períodos, debe advertirse que en ellos aparece, con sensible relieve, el principio de donde toman su nombre; sin embargo, no se sustituyen íntegramente; cuando surge el siguiente no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos convienen ideas opuestas y aún contrarias. Como observamos en algunos lugares de provincia como Chiapas, Oaxaca y Guerrero todavía existen reminiscencias de los períodos penales de antaño.

De la venganza privada.

A esta etapa suele llamársele también venganza de la sangre o época bárbara. "En el primer período de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos

históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales."(1)

Como se puede observar la época de la venganza privada afortunadamente ya desapareció y dió lugar en nuestros días al castigo por medio de las autoridades penales autorizadas para ese fin.

De la venganza divina.

Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina: se estima el delito como una de las causas del descontento de los dioses: por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida. Esta época tuvo su auge en nuestro país en los tiempos de la Colonia y se modificó hasta las leyes de Reforma que promulgó don Benito Juárez.

(1) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 10a. edición. Porrúa, México, 1995. p. 18

De la venganza pública.

A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, comienza a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada venganza pública o concepción política: los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la conservación del orden de ésta, se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Con justicia Cuello Calón afirma "que en este periodo nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba: los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en leyes."(2) De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores: no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta el siglo XVIII.

El período humanitario.

Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. La tendencia

(2) Ibíd., p. 22

humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonesana, marqués de Beccaria. El sistema Humanitario como su nombre lo indica se debió principalmene a lo excesivo de las penas en etapas anteriores y se modificó con castigos más civilizados que tuvieron mayor aceptación.

La etapa científica.

Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. "Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien, como se verá en temas posteriores, es el principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal." (3)

La etapa científica, fue el resultado más que nada de los avances que se dieron en todas las ciencias, pero más que nada en las ciencias penales, así como también toda la etapa evolutiva de las anteriores fases de sanciones que se vivieron. De esta forma los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho normativo por esencia.

(3) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho penal mexicano. Parte general, 4a. edición, Porrúa, México, 1990, p. 122

B) Evolución

No en todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito. Recuérdese la "ojo por ojo y diente por diente", para hacer más palpable la equivalencia entre el hecho y su castigo. Posteriormente, se sintió la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad o peligrosidad social.

El Código de 1871 de Martínez de Castro, establecía tres términos en las penas: mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes (Artículos 66 a 69).

La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente. (Artículo 55)

El Código vigente señala penas con dos términos, uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el criterio del juzgador. El Ordenamiento en sus artículos 51 y 52, fija bases al juez para graduar la sanción en cada caso.

aplicación de las sanciones se tendrán en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente"; el 52 ordena tomar en consideración la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los móviles que lo impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores de modo, tiempo y lugar a fin de determinar el grado de temibilidad. El precepto también impone al juez la obligación de tomar conocimiento directo del delincuente, de la víctima y de las circunstancias del hecho. Finalmente señala que el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso a la aplicación de las sanciones penales.

Específicamente, para delitos cometidos por servidores públicos, se impone al juzgador, al individualizar la pena, la obligación de considerar otros elementos, relacionados con la situación que guarde el servidor público en cuanto a su empleo o cargo y la necesidad de reparar los daños y perjuicios (Artículo 213 del Código Penal).

En cuanto a las penas privativas de la libertad, se ha intentado su duración indeterminada, por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado. En nuestro Derecho es inadmisibles la pena indeterminada, en función de las disposiciones de la Carta Magna; sólo es dable al ejecutor de las sanciones prolongar o disminuir la pena base fijada por el juez, dentro de los límites marcados en la propia sentencia y de acuerdo con la ley. Generalmente los juzgadores indican, acatando el Ordenamiento represivo, que la pena privativa de libertad se impone en calidad de retención hasta por una mitad más del término de su duración, pero la ausencia de la mención es irrelevante, porque el artículo 88 establece: "Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención hasta por la mitad más de su duración; así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de que este requisito sea obstáculo para hacerla efectiva." En la reforma del artículo 81 del Código Penal para el D.F. de 9 de mayo de 1971 se establece que toda sanción privativa de libertad se reducirá en un día por cada dos de trabajo." La libertad preparatoria procede, como se verá después, cuando ya se ha cumplido una parte de la condena.

C) Concepto

Muchas definiciones se han dado sobre la pena; por mi parte sólo señalaré algunas.

"Para Carrara la pena es de todas suerte un mal que se inflige al delincuente: es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de sus dos fuerzas; la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable."(4)

Resumiendo, puedo decir que las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su cantidad y a su grado. De raigambre clásica es la definición de la pena que dice que 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 acto.

Para el correccionalismo de Roeder, "la pena busca la corrección del pecado, y para el positivismo criminal la pena, o mejor sanción, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que convierte al autor del delito socialmente peligroso o al que represente un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una

(4) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho penitenciario. 10a. edición. Porrúa, México, 1995. p. 367

voluntad malévoia y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en consecuencia, la noción de la pena está relacionada con la da idea de castigo, de sanción o de suplicio para que de esta forma el delincuente pueda en un momento dado pagar el daño moral o físico causado".(5) La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito, no al deber violado, no a la *spinta criminosa*, sino a la temibilidad del delincuente. En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.

En el derecho legislado moderno es todavía la pena un mal infligido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor. Mas ya no atiende a la moralidad del acto, sino a la peligrosidad del sujeto, y en vista de ella a la defensa social.

Pero también, en el derecho moderno, junto a la pena se perfilan parejamente las medidas de seguridad; pues al presente las penas están en franca decadencia; ellas no tienen en cuenta el origen antro-po-físico social del delito.

(5) *Ibíd.* p. 369

"Por esto el Congreso Penitenciario de Praga (1930) votó que las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social, a ello obedece el que se halla propuesto la elaboración de dos códigos, distinto el uno del otro, pero íntimamente relacionados: el código represivo o sancionador y el código asegurativo o preventivo, aplicables respectivamente a los delitos y a los estados peligrosos; las medidas de seguridad quedarían contenidas en el último, para ser aplicadas a los estados de peligrosidad social que las ameritase."(6)

Comencemos por anotar, con relación a la clasificación de las penas, que después de la gran variedad que han venido adoptando la tendencia moderna es volver otra vez a la unidad: los tratamientos penales; de igual modo que la evolución de la pena arranca de la unidad: pena de muerte, de la que partió la diversificación que registra la historia de la pena. Una vez más lo simple evoluciona hacia lo complejo, lo complejo hacia lo simple.

"Carrara clasificó las penas en capitales, afflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias, reconociendo subdivisiones en algunas de estas especies. Otra clasificación distingue entre penas intimidantes, correccionales y eliminatorias (Cuello Calón). Otra entre

(6) Ibíd. p.370

penas principales (que se imponen independientemente de otras) y accesorias (que se asocian a las primeras); éstas pueden ser también simultáneas o subsiguientes (Liszt)."(7)

Atendiendo a su naturaleza podemos dividir las sanciones en: corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos; y aparte las medidas de seguridad; clasificación que no desconoce la razón de ser de las anteriores.

Reconociéndose que las penas, entendidas conforme a la concepción clásica, no basan por sí solas eficazmente para luchar contra el delincuente y asegurar la defensa social, a su lado van siendo colocadas las medidas de seguridad que las complementan y acompañan mediante un sistema intermedio. Déjase así para las penas, la aflicción consecuente al delito y aplicable sólo a los delincuentes normales; para las medidas de seguridad la prevención consecuente a los estados peligrosos, aplicable a los delincuentes anormales o a los normales señaladamente peligrosos.

"Si la Escuela Clásica había sentado radicalmente que ante la anormalidad cesa toda imputabilidad y, por tanto, toda intervención del poder de castigar, ella misma fue admitiendo excepciones relativas a los menores, pero no así a

(7) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Cárcel y penas en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1995. p. 234

los locos, los que siguieron quedando confinados en su campo del todo ajeno a la jurisdicción penal, aunque pudiera recluírseles en manicomios criminales como medio asegurativo contra posibles daños. Pero posteriormente hubo de reconocerse la necesidad de adoptar medidas contra ciertas especies de delincuentes, como los habituales, además de las penas que propiamente les correspondieran, o contra los sujetos que, habiendo sido absueltos, revelaran estados peligrosos, tal como ocurre con los enfermos mentales y con los menores. Se dice que esto no es ajeno a la Escuela Clásica, la que no se opone a las medidas de seguridad y a su inclusión en código aparte; o bien que su introducción en los códigos penales representa una transacción entre la Escuela Clásica y la moderna."(8)

Sobre la naturaleza misma de las medidas de seguridad, la diversidad entre los tratadistas es profunda. Se dice; la pena es compensación y por ello represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad; en consecuencia, éstas se encuentran fuera del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa. Pero se objeta, por el contrario: pena y medida de seguridad son análogas e imposibles de separar, son dos círculos secantes que pueden

(8) CARRANCA Y RIVAS. Raúl. Cárceles y penas en México. Op. cit. p. 269

reemplazarse mutuamente: sólo cabe su diferenciación práctica, no la teórica: en consecuencia una y otra corresponden a la esfera penal. Las penas atienden a la prevención general, las medidas de seguridad a la prevención especial; aquéllas a los sujetos normales y éstas a los anormales. Por último: penas y medidas de seguridad son idénticas. El Estado provee a una doble tutela: represiva y preventiva; a la primera corresponden las penas, que tienen un fin de retribución; a la segunda las medidas de seguridad, que tienen un fin de seguridad; nace de aquí una doble categoría (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse estas últimas tanto a los irresponsables como a los responsables después de expedida la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del derecho penal. Al fijar las diferencias entre pena y medida de seguridad, precisa Mezger "que la pena supone un delito determinado y constituye la reacción contra un acto cometido: es una justa punición o retribución, pero no entendida ni como venganza ni como retribución moral; la medida de seguridad también supone un delito determinado y constituye la reacción contra un acto cometido; es una justa punición o retribución, pero no entendida ni como venganza ni como retribución moral; la medida de seguridad también supone una acción delictiva, pero mira solamente a la prevención de los delitos futuros y puede no corresponder precisamente a esa acción delictiva pues sólo mira a asegurar la conducta

futura; las medidas de seguridad tratan de impedir la realización de delitos en el futuro y miran a la prevención especial, mientras que las penas a la general, social, psicológica e individual; el fin primero de la pena es proteger a la comunidad amenazada como un todo ordenado en función del concepto de justicia, en lo que concierne a la relación entre el acto y la reacción pública que provoca; su fin es ante todo y esencialmente de orden público."(9)

Esta es la posición adoptada por la Escuela Positiva, que ve en la medida de seguridad el complemento necesario de la pena. Prevención y represión, por el premio o por la pena, son polos de un mismo eje, nexo de la acción penal social; castigar el daño actual es prevenirse contra el peligro futuro. Así, por último, se emplea una sola palabra para contener las nociones de la pena y la medida de seguridad: la palabra "sanción". Por nuestra parte advertimos que penas y medidas de seguridad tienen naturaleza bien diferenciada; a la idea de la pena corresponde siempre la de dolor, expiación, intimidación; nada de esto hay en la idea de la medida de seguridad. Y si es verdad, también, que la pena evoluciona en el derecho moderno hacia la medida de seguridad, tal evolución no es obra legislativa sino social y cultural.

(9) *Ibidem*. p.272

Como podemos ver la diferenciación entre pena y medida de seguridad como lo señala Sergio García Ramírez, "son dos figuras y conceptos distintos en lo que a readaptación social se refiere.(10) para los delincuentes normales; 2. el sistema de seguridad o preservación para los delincuentes defectuosos cuyo estado psíquico, sin ser locos, no permite la aplicación de la pena propiamente dicha; 3. el sistema de curación para los delincuentes locos, en establecimientos especiales (prisons-asiles); y 4. el sistema de educación para los delincuentes menores."(10)

Por lo anterior considero que la pena debe ser de acuerdo a la gravedad del delito cometido, pero más que nada en base al adelanto cultural, social y jurídico del país.

(10) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Represión y tratamiento penitenciario de criminales. 2a. edición. Porrúa, México. 1990. p.117

CAPITULO II

CONFIGURACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
EN EL DERECHO PENAL

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: "obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley."(11)

Indudablemente el fin último de la pena es el castigo a la violación o quebranto de un bien jurídico tutelado. Para conseguirla, debe ser intimidatoria, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, justa, pues la injusticia

(11) BARBOSA DIAZ, Carlos. El problema de la libertad, sus conexiones con el derecho penal. 8a. edición. Aguilar, Mexico, 1991, p. 123

pues la injusticia acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes: "debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variada y elástica.(12) Por lo antes expuesto considero que será necesario observar lo siguiente.

A) Fundamentación

Si realizamos un profundo análisis acerca de: los Actos, las Aspiraciones, las Inquietudes, las Tendencias y, en general, la vida del hombre, podemos observar claramente que todo ello gira alrededor de un solo fin, de un solo propósito, tan constante como insaciable: Superarse a sí mismo, obtener una perenne satisfacción subjetiva que pueda brindarle la felicidad anhelada.

Hemos dicho que todo hombre aspira a algo, que todo ser humano concibe determinados fines por realizar y que implican la manera de conseguir su felicidad particular; que

(12) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho penal mexicano. 10a. edición. Porrúa, México. 1995. p. 133

normalmente es imposible siquiera representarse a un individuo que no tenga aspiraciones, propósitos y anhelos, hacia cuya verificación encauza sus esfuerzos vitales, subjetivos y objetivos. Por consiguiente debe entenderse sin lugar a dudas, que la teología de la vida del hombre normal es consubstancial a su propia índole y condición naturales.

En otras palabras, la vida humana misma es, en esencia, la propensión de obtener la felicidad. Nadie actúa consciente y deliberadamente para ser infeliz. En la conducta trascendente de todo hombre hay siempre un querer o volición hacia la consecución de propósitos o fines que denotan la felicidad, aunque ésta no se logre. De ahí que el vivir humano tiene como causa determinante el deseo y como fin la realización de lo deseado.

Ahora bien, hemos aseverado que cada ser humano se forja fines o ideales particulares, que determinan subjetivamente su conducta moral o ética y dirigen objetivamente su actividad social. Pues bien, en la generalidad de los casos, el hombre hace figurar como contenido de su teología privada la pretensa realización personal y objetiva de valores, esto es, cada sujeto en la esfera de su actividad individual interior y exterior, procura obtener la cristalización en su persona de determinado valor, en el más amplio sentido de este concepto.

Por otra parte, el hombre es un ser esencialmente sociable y la vida social del ser humano es siempre un constante contacto con los demás individuos miembros de la sociedad, equivaliendo, por tanto, a relaciones de diversa índole, sucesivas y de reaparición interminable. Ahora bien, para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden para evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regularización que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales y que reprima las conductas que dañen estas últimas; en una palabra, es menester que exista un régimen de derecho; un régimen de legalidad que dé certeza de actuar y límites, tanto a gobernantes como a representantes del Estado y gobernados, en virtud de que es fácil apreciar los múltiples actos que suceden, imputables a los primeros que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades.

"El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral. Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por los

diferentes Órganos autoritarios Estatales creados por el orden de derecho, tiene como finalidad inherente imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc."(13)

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, desde obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente desde el punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica.

(13) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Colonias Penales e Instituciones abiertas. Hacia una reforma en el proceso de Ejecución. 4a. edición. Porrúa, México, 1995. p. 83

"Estas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summun* de sus derechos subjetivos."(14)

Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas, no será válido a la luz del Derecho.

La seguridad jurídica, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la ley fundamental, se manifestó como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlo u observarlos.

Esta obligación estatal y autoritaria es de índole activa en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los

(14) BELTRAN RODAS, J. Angel. La conducta social. 5a. edición. Herrero. México. 1993. p. 182

requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida.

A diferencia de la obligación estatal y autoritaria que se deriva de la relación jurídica que implican las demás garantías individuales, y que ostenta una naturaleza negativa en la generalidad de los casos, la que dimana de las garantías de seguridad jurídica es eminentemente positiva en términos generales, ya que se traduce no en un mero respeto o en una abstención de vulnerar, sino en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias, etc., cuya observancia sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación particular, en la esfera del gobernado, que esté destinado a realizar.

El artículo 14 Constitucional reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden de mayor jerarquía, a tal punto, que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho, este artículo, es un precepto muy complejo, en virtud que en él, se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la de Irretroactividad legal (primer párrafo), la de Audiencia (segundo párrafo), la de Legalidad en materia Judicial civil, Judicial penal, (en su párrafo tercero). Consideramos importante hacer mención en el presente estudio,

a la garantía de Audiencia y de Legalidad en material penal, por ser grandes pilares y fundamentos tuteladores de los derechos individuales, y en este caso, particularmente de la libertad humana enfoca desde el punto de vista del presente estudio.

La garantía de Audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses, está consignada como anteriormente lo dijimos en el 2o. párrafo de nuestro artículo 14 Constitucional que ordena:

"Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

El párrafo III del mismo artículo está concebido en los siguientes términos: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate."

Como se puede advertir, en primer lugar, la garantía de Audiencia está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son: a) La que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición Constitucional, (y en este caso particular de la libertad personal), se siga un juicio; b) Que tal juicio privativo de libertad, se sustancie ante tribunales previamente establecidos; c) Que en el mismo juicio se observen las formalidades esenciales del procedimiento y d) Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

En segundo lugar, el tercer párrafo del artículo constitucional tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera que no esté reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete.

El artículo 14 Constitucional en su tercer párrafo, remite, a través del término "delito", al concepto legal de

hecho delictivo contenido en el artículo 7 del Código Penal, así como a los ordenamientos penales materiales de índole local, según el caso. En consecuencia, para que un hecho determinado sea considerado como delito y como motivo de aplicación de una pena a la luz de dicho precepto de la Constitución, es necesario que exista una ley que repunte a aquél como tal, o sea, que haya una disposición legal para que le atribuya una penalidad correspondiente.

Pero además, el principio de Legalidad en materia penal no sólo ostenta el aspecto indicado en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino que se refiere también a las penas. De conformidad con tal postulado, bajo este segundo carácter, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado. En otras palabras, para todo delito la ley debe señalar la penalidad correspondiente, principio que se encuentra consagrado en el multicitado párrafo tercero de artículo 14 Constitucional. Por ende, se infringirá este precepto, cuando se aplique a una persona una pena que no se atribuya por la ley directa y expresamente a un delito determinado.

Aunado al artículo 14 Constitucional, se encuentra el artículo 16 Constitucional que es el artículo que contiene la garantía de Legalidad más amplia de cuantas puedan existir en un régimen jurídico alguno, pues si la autoridad viola

cualquier ordenamiento jurídico desde la ley suprema hasta los modestos reglamentos locales, el gobernado puede ver reparado su agravio por medio del amparo apoyándose en esa garantía.

La garantía de Legalidad significa que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

El artículo 17 Constitucional prevee que "nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil", que "ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer la violencia para reclamar su derecho", el Estado asume la responsabilidad de impartir justicia para que no se rompa la paz y la tranquilidad públicas.

Finalmente, al preceptuar que "los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley". El mismo gobierno del Estado se impone la tarea de crear los órganos judiciales y emitir las reglamentaciones necesarias para resolver las controversias que sean sometidas a su consideración.

El artículo 19 Constitucional señala los requisitos que debe llenar el auto de formal prisión. Dice en su primera

parte que "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión." "Los requisitos de auto de formal prisión son de fondo y de forma; los primeros consisten en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y los segundos se refieren a la fecha, lugar, hora en que dicta la expresión del delito o delitos por los que se seguirá el proceso."

El artículo 20 Constitucional consagra las garantías de toda persona que se encuentre sujeta a proceso y de la cual nos ocuparemos en incisos posteriores. Así como de los artículos 21, 22 y 23 del mismo ordenamiento Constitucional.

A propósito se quiso dejar en último término el estudio del artículo 16 de nuestra Carta fundamental, debido a que es él, el que se encarga específicamente de reglamentar la prisión preventiva, y asienta que: "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva" lo que representa la garantía de seguridad jurídica residente en que el juez puede decretar la prisión preventiva si se apoya en un precepto que señale un hecho delictuoso y que contenga una penalidad corporal. De manera que cuando la pena no sea corporal o sea alternativa, no da lugar a prisión preventiva. La disposición transcrita está en íntima relación con la segunda parte del artículo 16 de la Constitución, que hace factible la orden judicial de aprehensión o detención, sólo

cuando se trate de un delito que se castigue legalmente con pena corporal.

La prisión preventiva se inicia desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del juez. Por ende puede afirmarse que la prisión preventiva comprende dos periodos, a saber:

"1) Aquél que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el de auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos; y 2) El que comienza a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate."(15)

Como garantía de seguridad jurídica propia de la realización material de la prisión preventiva, el artículo 18 Constitucional establece que el sitio en que ésta tenga lugar "será distinto del que se destinare para la extinción de las penas", debiendo estar ambos lugares separados.

El segundo párrafo del artículo 18 Constitucional contiene una prevención concerniente el objetivo de la

(15) ORTIZ, Seraffín. Los fines de la pena. 4a. edición. Trillas. México. 1995. p. 123

imposición de las penas, en el sentido de que éstas deben tender, en cuanto a la forma de extinguirlas por diversos conductos, a la regeneración del delincuente, o sea su readaptación social siguiendo en este punto la Doctrina moderna del derecho penal y los principios de la criminología. Dice así el citado párrafo del artículo 18 Constitucional: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivos jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto."

El tercer párrafo del artículo en cuestión previene que: "Los gobernadores de los Estados sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal."

El cuarto párrafo del artículo 18 Constitucional acorde con el criterio de los penalistas y criminólogos modernos, previene imperativamente que tanto la Federación como los gobiernos de los Estados establezcan "instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores", a

quien socialmente se les considera como delincuentes, por tanto, sujetos al mismo régimen de readaptación que éstos.

De lo anterior se concluye que el precepto 18 Constitucional involucra Garantías individuales y específicamente en materia Penal. Las primeras protegen al individuo en cuanto a su libertad personal mediante la prohibición de la prisión preventiva por delitos que no merezcan pena corporal; y por lo que atañe a su dignidad y respeto, cuando se trate de reos de sexo femenino, al disponerse que los lugares donde compurguen las penas deben estar separados de los destinados, al mismo efecto para los varones.

Las segundas se consignan como potestades y obligaciones de la Federación y de los Estados para procurar, a través de su ejercicio y cumplimiento, la realización de las finalidades de beneficio colectivo que representan las tendencias de readaptar al delincuente a la sociedad, de regenerarlo y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario inspirado en la idea, no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil prescribiéndose, además a cargo de las autoridades administrativas federales y locales el deber social de implantar instituciones educativas para los menores infractores, con el objeto de evitar su incidencia en el campo de la delincuencia.

B) Las penas y las medidas de seguridad

A través del tiempo la función represiva se ha enfocado en diversas rutas, de acuerdo a las costumbres de los distintos pueblos. Como sabemos, según la doctrina en la materia que nos ocupa, se ha agrupado en 4 períodos la evolución de las ideas penales, sin decir con esto que tajantemente haya ido apareciendo una tras otra, sino que en cada una de ellas conviven ideas opuestas y aún contrarias. Pues si observamos nuestra legislación actual, cuenta de que aún subsisten reminiscencias de los períodos penales anteriores.

Recordemos en primer término, como ya lo dije anteriormente, la etapa de la venganza privada, venganza de la sangre o época bárbara; etapa ésta en la cual la función represiva estaba en manos de los particulares, cada familia, cada grupo se hacía justicia por sí mismo; al paso del tiempo, y debido que en algunos ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción se excedían causando males desproporcionados a los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así fue como apareció la fórmula del Talión, para significar que sólo era reconocido entre la comunidad el causar un daño de igual intensidad al sufrido; además de esta limitación, surgió con posterioridad el sistema de composiciones en el cual el ofensor podía comprar al ofendido o su familia su derecho de venganza.

En el período de la venganza divina se estima al delito una de las causas del desagrado de los Dioses; juzgando así los jueces y tribunales en nombre de la divinidad ofendida. En esta etapa de evidente evolución, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal.

En el período de la venganza pública se principia a hacer la distinción entre delitos privados y públicos.

"Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad para la supuesta salvaguarda de ésta, se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Con justicia Cuello Calón afirma que este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos e las leyes. De esto ilimitados derechos abusaban los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el derecho penal europeo hasta el siglo XVIII." (16)

No sólo en Europa imperó esta concepción, en la que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación el sometimiento soberano o a los (16) *ibídem.* p. 214

grupos políticamente fuertes. En este período la humanidad, puntualiza Carrancá y Trujillo, "aguzó su ingenio para inventar suplicios para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos (*oubliettes* de *oublier*, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos); la jaula de hierro o de madera; la argolla pesada, pieza de madera cerrada al cuello; el pilori, rollo picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pié; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba el reo después de romperle los huesos a golpes; las galerías; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infame por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas."(17)

"A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó forma hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonesana, Marqués de Beccaria, con su obra intitulada *Dei delitti e delle pene*.

(17) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La prisión penitenciaria y los sustitutos de la prisión. 10a. edición. Porrúa, México, 1995. p. 214

Multa excesiva. La multa debe imponerse conforme a la gravedad de la infracción, las condiciones del infractor y su reincidencia si existe.

Confiscación de Bienes. Es la aplicación o adjudicación que de ellos hace a su favor el Estado por la comisión de un delito, sin realizar ninguna contraprestación en beneficio del afectado.

Penas inusitadas. Son penas en desuso aquellas que no están contenidas en ninguna ley

Penas Trascendentales. Las que no únicamente afectan al autor del hecho delictivo, sino también a sus familiares inocentes o terceras personas.

Prohibición de la Pena de Muerte. En delitos, es absoluta la prohibición ; por delitos políticos se entiende: cuando la acción delictuosa produce o pretende producir una alteración en orden estatal."(18)

Bajo diversas formas, tendiente a derrocar a un régimen gubernamental determinado o, al menos, engendrar una oposición violenta contra una decisión autoritaria o a exigir de la misma manera la observancia de un derecho siempre bajo la tendencia general de oponerse a las autoridades
(18) *Ibidem*. p. 216

constituidas, entonces el hecho o los hechos en que aquélla se revela tienen el carácter político y si la ley penal lo sanciona, adquieren la fisonomía de delitos políticos. Nuestro Código Penal de 1980 en su artículo 154 bis, conceptualizada como delitos políticos de rebelión, la conspiración, la sedición y la asonada o motín, y la llamada "disolución social", este delito fue suprimido por reforma de julio de 1970 a dicho ordenamiento, para cuyos autores no podía imponerse la pena de muerte por prohibirlo así el artículo 22 Constitucional. Los delitos de carácter público, para que participen de este atributo deben tener como objetivo de afectación los fines esenciales que a cada uno de ellos señala la ley penal al definirlos; por ende, cuando a pretexto de un delito político, o sea, de un hecho determinado calificado legalmente como tal, se cometen otras acciones cuyos perfiles tipifiquen otra figura delictiva, éstas se castigarán con la pena que les corresponda. Así lo estableció el artículo 140 del Código Penal de 1980, que decía: "cuando en las rebeliones se quiere en el ejercicio para hacerlas triunfar, el homicidio, el robo, el secuestro, el despojo, el incendio o el saqueo, se aplicarán las penas que por estos delitos y el de rebelión correspondan según las reglas de la acumulación."

El propio artículo 22 Constitucional faculta a las autoridades federales o locales, legislativas, según el caso, para sancionar con la pena de muerte únicamente aquellos delitos que el mismo precepto enumera, y que son: traición a

la patria, o sea, el atentado cometido por un mexicano por nacimiento o naturalización contra la independencia de la república, su soberanía, su libertad o la integridad de su territorio. artículo 123 del código penal citado anteriormente; en lo que toca a este delito sólo puede aplicarse a su autor cuando el país esté en guerra; parricidio, esto es el homicidio en línea recta, sean legítimos o naturales, siempre y cuando el autor de aquel hecho conozca el mencionado parentesco (artículo 323 del Código Penal); homicidio con alevosía, premeditación o ventaja que son calificativos definidos por los artículos 315, 316 y 319 del ordenamiento penal sustantivo; actos delictivos cometidos mediante el incendio, plagio o secuestro en los términos del artículo 366 del Código Penal; piratería, la cual es definida en el artículo 146 del propio ordenamiento; y los delitos graves del orden militar previstos en el Código de Justicia Militar.

La penología o tratado de las penas, estudia éstas en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus sustitutos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad.

"La pena se puede entender, en los siguientes términos: como la reacción social jurídicamente organizada contra el delito. El sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal, es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de un delito, para

expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Por nuestra parte diremos, aunados al criterio del maestro Castellanos Tena, que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico.”(19)

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor establece:

“Las penas y las Medidas de Seguridad son:

1. Prisión;
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Se deroga).
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.

(19) SANDOVAL CALDERON, Oscar. Sustitutivos de la pena de prisión. 7a. edición. Porrúa, México, 1995. p. 78

15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores .
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Debemos distinguir lo que es la Pena y la Medida de Seguridad debido a que es frecuente la confusión entre los especialistas sobre lo que es una y otra: a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones. El Código del Distrito Federal y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los vocablos pena y sanción como sinónimos.

La distinción radica, en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos.

Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar.

El Código Penal, en su artículo 25 nos señala que: "la prisión consiste en la privación de la libertad corporal"; y que su término "será de 3 días a 40 años y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales."

La pena privativa de la libertad ha evolucionado aceleradamente hacia horizontes técnicos. Esto, en primera instancia, fue posible por el humanitarismo carcelario de César Bonnesana, de John Howard y los Cuáqueros Americanos.

Pero luego en nuestro tiempo cobró vigor bajo la decisiva influencia del positivismo, estudioso de la etiología criminal y persuadido, por tanto, de la urgencia de remover en lo posible, o al menos neutralizar por vía de prevención especial, las causas que determinan en el hombre concerto la conducta delincuente.

C) La privación de la libertad en nuestro derecho positivo

Con la mira de evitar prisiones injustas y contrarias a la libertad personal, incompatible con el continuo temor de perderla, se ha demandado que sin orden del soberano o de los jueces que lo representan, no pueda prenderse a los delincuentes; es de tal forma, que la libertad del individuo como atributo esencial de la naturaleza, se reconoce en sus manifestaciones por nuestra Ley Fundamental. Pero el simple reconocimiento de la libertad libertaria natural, es decir, su elevación a la categoría del derecho público subjetivo, del que es titular todo gobernador, y la obligación correlativa necesariamente existen a cargo de las autoridades del Estado, serían meras declaraciones Constitucionales teóricas o ideales sin la implantación, en la propia Ley Suprema de las condiciones ineludibles para su respeto, eficacia y exigibilidad, las que conocemos bajo la denominación de garantías de Seguridad Jurídica. Estas encauzan coercitivamente la libertad personal, previendo los

casos en que dicha afectación es procedente. Por ello, dentro del régimen de derecho establecido por la Constitución, el individuo no sólo goza de su libertad natural fundada en Derechos sustantivos oponible al poder público, sino que vive en un ámbito que le asegura que ese derecho no le puede ser arrebatado ni restringido sino en las situaciones y mediante las exigencias previstas en los mandamientos Constitucionales.

Aludiendo específicamente a la libertad física del hombre, la cual se traduce en la situación negativa de no estar impedido para movilizarse o desplegarse según sus deseos, o sea, de no estar en cautiverio, nuestra Constitución le asegura a través de diferentes disposiciones que contienen diversas garantías, para evitar tanto su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, como su prolongada e indefinida restricción. De ahí que la ley fundamental de nuestro país señale los casos en que la libertad personal puede afectarse, las autoridades que únicamente pueden realizar los actos de afectación y los plazos en que el sujeto puede permanecer detenido o aprehendido en las diversas etapas en que se desarrolla el procedimiento originario por la causa o motivo que provoca la detención.

Así, la Constitución en su artículo 16, segunda parte, establece el principio general de que sólo la autoridad

judicial puede librar una orden de aprehension o detencion y siempre que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y que dicha denuncia, acusación o querrela estén apoyadas por declaración bajo protesta digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado.

Por su parte, el artículo 21 Constitucional atribuye la exclusividad de la persecución de los delitos al Ministerio Público a la policía Judicial, que debe estar bajo su autoridad y mando inmediato y es evidente que la función persecutoria entraña por modo ineludible la función investigadora tendiente a constatar la comisión del hecho delictivo y datos o elementos que hagan probable la responsabilidad de su autor o autores, para el efecto del ejercicio de la acción penal ante los tribunales.

Atento a lo que disponen los artículos 16 y 21 de la Constitución y en relación a las garantías que el individuo tiene respecto de su libertad personal, se manifiesta en las siguientes condiciones para que ésta sea constitucionalmente afectable: a) la formulación ante el Ministerio Público de una denuncia, acusación o querrela sobre un hecho que configure un delito castigable con pena corporal; b) la aportación de elementos o datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado; c) la consignación de las diligencias correspondientes a la autoridad judicial con

pedimento de orden de aprehensión (ejercicio de la acción penal): d) libramiento de esta orden por dicha autoridad, y e) ejecución de la misma policía.

El conjunto de las condiciones apuntadas demarca la situación Constitucional de la libertad personal frente a su posible afectación por el poder público, suministrando los principios categóricos siguientes: a) Sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención o aprehensión de un sujeto, es decir, ningún otro órgano del Estado, distinto de ella, puede detener o aprehender a persona alguna; b) Únicamente el Ministerio Público y la policía judicial que de él dependa, puede perseguir los delitos, o sea, desplegar la función investigadora de éstos y de sus autores tendiente a determinar la probable responsabilidad del inculpado en que necesariamente debe basarse la orden judicial de aprehensión o detención; c) El acto consignativo ante los tribunales, en que se ejercita la acción penal contra una persona, nada más incumbe al Ministerio Público, sin que éste pueda por voluntad propia, detener o aprehender a nadie.

Es evidente que la función investigadora de los delitos y de sus posibles autores no está sujeta a ningún término, pues el Ministerio Público o la policía judicial bajo su mando directo disponen de un tiempo indefinido para preparar debidamente la consignación judicial de una persona, sin que a dicha Institución social le sea permitido restringir ni

afectar la libertad de nadie aunque se trate del presunto responsable. De ahí que, compartiendo el criterio del profesor Ignacio Burgoa, "la práctica de formular una consignación ante la autoridad judicial con detenido, sea una corruptela contraria a los principios Constitucionales, y sobre todo, al que preconiza que la detención o la aprehensión únicamente debe provenir de dicha autoridad. Sin embargo, este último principio adolece de dos excepciones importantes consignadas en el mismo artículo 16 de la Constitución." (20)

La primera de ellas atañe al caso del delito flagrante, o sea, aquél cuyo autor es detenido en el momento de estarlo cometiendo o perseguido materialmente después de haberlo perpetrado. En esta hipótesis, el precepto invocado faculta a cualquier persona, sea particular o funcionario, para aprehender al delincuente y a sus cómplices, con la obligación de ponerlos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata, misma que, por virtud de sus funciones debe ser el Ministerio Público, el cual, precisamente por tratarse de un delito flagrante, cuyos autores o cómplices ya fueron detenidos, debe hacer desde luego la consignación judicial respectiva, sin que bajo ningún pretexto deba retener en su poder a los sujetos aprehendidos. Es obvio, en consecuencia, que en este caso sí puede practicarse dicha

(20) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 12a. edición. Porrúa, México, 1995, p. 176

consignación con detenido, para que el juez resuelva su situación jurídica de acuerdo con el artículo 19 Constitucional.

La segunda de las excepciones señaladas estriba en que solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

La fórmula constitucional que se acaba de transcribir abre un ilimitado campo propio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal. En un efecto, la estimación de cuando se está en presencia de un "caso urgente", queda al arbitrio de cualquier autoridad que pretenda privar de la libertad a una persona sin orden judicial. Bien es cierto que el legislador ordinario, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 268), estableció un criterio de calificación de la "urgencia", pero también es verdad que éste no sólo eliminó el subjetivismo, sino que lo reafirmó al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda

pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia". Por tanto, es suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigue estos temores en su fuero interno, para que por sí y ante sí estime que se trata de un caso "urgente" y proceda a detener a la persona que, en su concepto, sea la autora de un delito que se persiga de oficio. Y esta consideración, que pudiere parecer una simple conjetura, se refleja aguda y gravemente en la realidad, misma que registra con demasiada frecuencia casos en que, sin orden judicial, se priva a una persona de su libertad no sólo por funcionarios del Ministerio Público, sino por autoridades administrativas a las que constitucional y legalmente no incumbe la persecución de los delitos.

De lo anteriormente apuntado, a manera de síntesis, podríamos expresar que el procedimiento penal ante los derechos públicos, de los que goza todo individuo, la libertad personal de éste sólo podrá ser, legalmente restringida en uso de los siguientes medios. Así, desde la detención que resulta de la flagrancia, caso en que cualquier persona puede detener, o la urgencia, en la que actúa la autoridad administrativa, hasta la aprehensión en sentido estricto que resulta de un mandamiento de autoridad judicial, en los términos de la Constitución cuya ejecución compete a la policía judicial. En cuanto a los estados de privación de la libertad durante el proceso, se distingue entre la simple

detención y la prisión preventiva. Esta última es consecuencia del auto de formal prisión y posee, jurídicamente, naturaleza diversa a la prisión penal, que deriva de la sentencia condenatoria. Sin embargo, hoy en día en nuestro derecho positivo la prisión preventiva se imputa siempre para efectos de cómputo, a la sanción impuesta por sentencia ejecutoria.

D) La prisión en México, métodos y tratamientos

Debe confesarse, con acendrada tristeza, que en México la reforma penitenciaria está todavía por hacer, desde sus mismos cimientos. Nada existe sobre funcionamiento de prisiones, nada sobre organización científica del trabajo en ellas, nada sobre clasificación de los reclusos, nada sobre lo que moderadamente se quiere que sea la pena privativa de la libertad. Como si gobernar un Penal fuera sólo, a lo sumo, mantener el orden interior en él, piensese en lo que sería gobernar un país manteniendo sólo el orden público, se ha mirado en los penales únicamente el problema del orden y se ha tratado de asegurarlo cuartelariamente. Y por ello cuando puede afirmarse que la pena de prisión es la principal con que en México contamos.

El primero y más importante de los establecimientos penitenciarios de la República, es la Penitenciaría del Distrito Federal. Y ella es un monumento costosísimo erigido

para patentizar el completo fracaso de la aplicación de la pena de prisión, y, en general, de la política de represión de la delincuencia, entre nosotros. Un viejo reglamento, formulado para tiempos y cosas muertas (diciembre de 1901) y adicionado posteriormente en jirones para dar satisfacción a urgentes imposiciones de la vida, verbigracia, en lo relativo a las relaciones sexuales de los reclusos, sirve de marco justo al cuadro dantesco del penal. Hacinamiento de hombres y mujeres faltos de disciplina, de elementos de trabajo, de estímulos de regeneración y hasta, a las veces, de la más indispensable salubridad y vigilancia. Mercado en el que todas las explotaciones humanas se evitan por precio. Pero en cambio, la escuela de la holganza abierta fácilmente para el recluso. Los delincuentes mismos participan, sin ningún sistema, en el funcionamiento del penal, al mismo tiempo que se carece de personal técnicamente especializado, pues el que figura en las nóminas se improvisa y no acredita estudios previos de ningún género. Los reos que desempeñan alguna función no han sido designados para ella en virtud de haber demostrado sana conducta y perfeccionamiento en algún conocimiento útil, sino, a las veces, dureza de corazón y doblez de carácter.

Es así como el delincuente que pasa algún tiempo en el Penal, sobre perder el temor que la privación de la libertad debe justamente inspirarle, aprende en el ejemplo vivo de la numerosa familia del hampa enseñanzas múltiples por las que

se perfecciona en la profesión delictuosa. contrae relaciones con hombres de experiencia en la infracción penal y embota su sensibilidad frente a ejemplos de crueldad y dureza que antes no imaginaba siquiera.

En la Penitenciaría del Distrito Federal se lleva una ficha muy somera de los reclusos y en realidad no se les agrupa de acuerdo con sus tendencias criminales, pues carecemos de un gabinete de bio-tipología criminal y como consecuencia del tratamiento adocinado a cada reo por lo cual naufraga el fin de la prisión, que no es otro que reformar a los delincuentes. Efectivamente, la pena de privación de la libertad entre nosotros no tiene ningún resultado benéfico para los reos, por la ausencia de una organización científica de nuestras penitenciarías, esto además de que la misma pena de prisión está en crisis, no sólo por sus defectos sociales, sino también, como decía Ruíz Funez, por sus deficiencias psicológicas. En México, la cárcel sólo ha tenido un relativo valor asegurativo por cuanto a la custodia del reo, pero falta el estudio de la personalidad del delincuente y la educación que le corresponde y es por ello que la pena de prisión presenta entre nosotros un aspecto tan desolador. La sociedad ve en la pena de prisión su mejor defensa y le basta con que el criminal permanezca entre gruesos muros y barrotes de acero. Pero el sentido humano y técnico de esa pena aspira a que la cárcel no sea sólo castigo y sufrimiento, sino la oportunidad de mejorar al delincuente de sus tendencias

antisociales, de su conducta peligrosa y dañosa. La sociedad no debe por medio de la pena de prisión hundir al delincuente en mayores penumbras morales, haciéndolo convivir, como sucede en nuestras prisiones, con sujetos mas depravados y peligrosos que él. "En nuestro país no está organizado el sistema penal. En cuanto a edificios se tienen por prisiones conventos adaptados, como sucede en los Estados de Campeche, Oaxaca, Hidalgo, Zacatecas; hay también edificios adaptados que no son conventos, en los Estados de Tlaxcala, Morelos, Nayarit, Baja California, Sinaloa y Veracruz. Sólo tienen prisiones construidas ex-profeso, pero muchas de ellas sin acondicionarse a las reglas o disposiciones aprobadas en Congresos internacionales, el territorio de Quintana Roo y los Estados de Chihuahua, Guerrero, Aguascalientes (cuya prisión es sumamente vieja), San Luis Potosí, (cuya prisión data del año de 1894), Tabasco, Yucatán, Guanajuato, Jalisco, Chiapas (cuya prisión data del año de 1890), Puebla (cuya prisión es de principios de este siglo), Nuevo León, Tamaulipas, Coahuila, Sonora, Michoacán, Distrito Federal y Durango. Hay en Querétaro una cárcel, no construida para tal objeto, y que se encuentra dentro del Palacio Municipal. En otras ocasiones, tristes por cierto, se han aprovechado monasterios, como por ejemplo en Colima." (21)

(21) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Op. cit. p. 393

antisociales. de su conducta peligrosa y dañosa. La sociedad no debe por medio de la pena de prisión hundir al delincuente en mayores penumbras morales, haciéndolo convivir, como sucede en nuestras prisiones, con sujetos más depravados y peligrosos que él. "En nuestro país no está organizado el sistema penal. En cuanto a edificios se tienen por prisiones conventos adaptados, como sucede en los Estados de Campeche, Oaxaca, Hidalgo, Zacatecas; hay también edificios adaptados que no son conventos, en los Estados de Tlaxcala, Morelos, Nayarit, Baja California, Sinaloa y Veracruz. Sólo tienen prisiones construidas ex-profeso, pero muchas de ellas sin acondicionarse a las reglas o disposiciones aprobadas en Congresos internacionales, el territorio de Quintana Roo y los Estados de Chihuahua, Guerrero, Aguascalientes (cuya prisión es sumamente vieja), San Luis Potosí, (cuya prisión data del año de 1894), Tabasco, Yucatán, Guanajuato, Jalisco, Chiapas (cuya prisión data del año de 1890), Puebla (cuya prisión es de principios de este siglo), Nuevo León, Tamaulipas, Coahuila, Sonora, Michoacán, Distrito Federal y Durango. Hay en Querétaro una cárcel, no construida para tal objeto, y que se encuentra dentro del Palacio Municipal. En otras ocasiones, tristes por cierto, se han aprovechado monasterios, como por ejemplo en Colima." (21)

(21) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Op. cit. p. 383

En cuanto a la organización interna se vive en un verdadero caos. Por lo que toca al trabajo como medio de regeneración del delincuente, yo diría que hasta hoy eso es una utopía achacable al desinterés del gobierno frente a un problema de la mayor magnitud. También, no existe una clasificación de presos, la realidad es que se encuentran mezclados procesados y sentenciados, con violación expresa del artículo 18 Constitucional, en los siguientes Estados y Territorios: Campeche, Quintana Roo, Tlaxcala, Oaxaca, Chihuahua, Guerrero, Morelos, Aguascalientes, Nayarit, San Luis Potosí, Colima, Tabasco, Baja California y Yucatán (donde además de procesados y sentenciados conviven en el mismo establecimiento los infractores a los reglamentos administrativos. También sucede lo mismo por lo que se refiere a esa bochornosa promiscuidad, en los Estados de Hidalgo, Guanajuato, Jalisco, Chiapas, Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa (donde acontece lo que he señalado en cuanto al Estado de Yucatán), Sonora y Michoacán.

En el Distrito Federal, la situación es análoga por lo que respecta a las mujeres procesadas y sentenciadas, conviviendo en un mismo establecimiento. Lo mismo sucede en Durango. En consecuencia, sólo se encuentran separados procesados y sentenciados y se obedece lo dispuesto en el artículo 18 Constitucional, en los Estados de Puebla, Coahuila, Veracruz y Distrito Federal (por lo que toca a hombres). De lo dicho se puede concluir fácilmente que no

está organizado un sistema penal penitenciario en la república y que se desconoce la existencia del mandato Constitucional.

En cuanto al hecho lamentable de que la pena de prisión no funciona en México de manera científica, el profesor Piña y Palacios nos dice que "La mejor escuela que existe para la educación en el delito, en quien ingresa a una prisión en México, es la prisión misma. También la policía contribuye muy eficazmente a la formación del delincuente, porque con el pretexto de violaciones a reglamentos de policía se principia a identificar como delincuentes a infractores de reglamentos administrativos y cada una de esas identificaciones se cuenta por la policía como un ingreso a la prisión; y así vemos que los llamados reos de gobierno no son sino infractores: es un principio de reglamentos de policía. Sin embargo, se les prepara para infractores de la ley penal cuando al policía ya no le produce ningún beneficio económico el arresto del infractor al reglamento administrativo. De allí la cantidad enorme de informes policíacos en los que aparecen multitud de ingresos a la prisión, que no son otra cosa que identificaciones policías. Este es el problema de los llamados reos de gobierno, que nunca se ha querido abordar."(22)

(22) Cit. por CARRANCA Y ARIVAS, Raúl. Cárcel y Penas en México. Op. cit6. p. 137

CAPITULO III

LA PENA COMO PREVENCIÓN DEL DELITO

La importancia y significación del tema de la pena es cada vez más creciente y prueba de ello es el impresionante número de monografías, artículos y observaciones que se realizan desde el campo del Derecho Penal, la moderna Criminología, Política Criminal y el Derecho Ejecutivo Penal. La preocupación reinante está plenamente justificada en la dogmática penal porque toda la teoría del delito desemboca en el problema de la sanción y ésta repercute gravemente en los hombres y en la sociedad. La importancia de los elementos de aquella teoría palidecen ante el de la pena. Los juicios de valoración para determinar si existe o no delito deben ser resueltos con los diferentes tipos de sanciones. Por otro lado, se han ensayado distintas soluciones que van desde medidas extremas, como la pena de muerte, hasta algunas muy tenues como la amonestación y el apercibimiento.

La Criminología tradicional se ha ocupado asimismo del tema, con una fuerte influencia médica, comparando al delincuente con un enfermo al que se le debe tratar para curarlo. Todo ello ha repercutido en las sanciones y especialmente en la ejecución de ellas y en los últimos tiempos ha sido objeto de críticas severas a tener en cuenta.

Desde la órbita de la política criminal el análisis de las medidas de prevención, también esta enraizada con las formas de combatir la criminalidad y evitar su reiteración.

En el ámbito de la ejecución penal tiene plena vigencia la preocupación apuntada porque es donde se aplican las sanciones y particularmente en la ciencia penitenciaria, porque la pena más frecuentemente utilizada es la de la prisión, que analizaremos críticamente al igual que otras medidas alternativas que se reclaman con mayor insistencia.

A) Prevención del delito

Por prevenir debe entenderse prever, conocer de antemano un daño o perjuicio, así como preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin.

En materia criminológica, prevenir es el conocer con anticipación la probabilidad de una conducta criminal, disponiendo los medios necesarios para evitarla.

Prevención, nos dice el Profesor Ceccaldi, es "la política de conjunto que tiende a suprimir o al menos a reducir los factores de delincuencia o inadaptación social." (23)

(23) Cit. por BENITEZ TREVIÑO, Humberto, Filosofía y Praxis de la procuración de justicia, 6a. edición.

Peter Lejins habla de tres modos de prevención:

"a) Prevención punitiva que se fundamenta en la intimidación, en el desistimiento por medio de la amenaza penal.

b) Prevención mecánica. Trata de crear obstáculos que le cierren el camino al delincuente.

c) Prevención colectiva. Trata de detectar y eliminar si es posible, los factores criminógenos en la vida; se trata en una forma no penal la predeelinencia."(24)

Para Canivell existen tres formas de prevención:

1o. Prevención primaria. Toda actividad de carácter general que tiene un fin de saneamiento social que se espera evita o reduzca la incidencia de fenómenos delictivos y de los que producen riesgos a la comunidad.

2o. Prevención secundaria. Es la que se ejerce sobre personas de las que se pueda afirmar la posibilidad o la probabilidad de cometer delitos o de adoptar un género de vida que las pueda hacer especialmente peligrosas.

(24) Ibídem. p. 283

3o. Prevención terciaria. Es la que se propone evitar que personas que ya han delinquido o incurrido en actividades especialmente peligrosas, persistan en su conducta socialmente nociva."(25)

Existen diversas maneras de agrupar las medidas de prevención; así, pueden ser generales e individuales, de acuerdo con los factores que generan, basándose en ciertas distinciones como son:

- a) Los objetos del delito.
- b) Los medios del delito.
- c) El autor del delito.

Sánchez Galindo dice que "debemos prevenir antes que castigar: las sociedades del futuro deberán establecer métodos de prevención y tablas de predicción de tal suerte eficaces y valiosas que aplicadas a tiempo hagan las prisiones, por humanas y científicas que sean, objetos del pasado."(26)

Como profetizó Enrico Ferri en un celebrado discurso pronunciado en 1901: "Creemos que la represión jugará un

(25) Cit. por AGUERO AGUIRRE, Saturnino. La procuración de justicia, retos y perspectivas. 3a. edición. Trillas, México, 1994. p. 121

(26) SANCHEZ GALINDO, Antonio. Aspectos prácticos del penitenciarismo moderno. 2a. edición. Secretaría de Gobernación, México, 1976. p. 210

papel sin importancia en el futuro. Creemos que cada rama de la legislación llegará a preferir los remedios de la higiene social a aquellos remedios sintomáticos y que los aplicará día a día. Y así es como llegamos la teoría de la prevención del crimen."(27)

No debemos olvidar, en materia de prevención, que ésta aún manteniéndose en estrecho contacto con cada innovación o con cada progreso de la ciencia, la Criminología se abstendrá de cultivar falsas ilusiones: La desaparición del delito no puede ser más que una de tales ilusiones, porque existirá más bien transformación que desaparición, y más bien atenuación (en este o aquel período) que desaparición, todo a través de ciclos de exaltación y de depresión de la actividad criminal.

B) Fines de la aplicación de la pena

El estudio de la pena corresponde a una de las ramas de la criminología, que es la penología, la cual profundiza en su estudio e incluye sus antecedentes históricos. En este apartado únicamente se mencionarán algunas ideas al respecto, y se recordará lo visto en el capítulo referente a la evolución del derecho penal, teniendo presentes sus etapas de evolución.

(27) *Ibidem.* p. 214

Como se vio en otro capítulo, la pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos, más acordes con las necesidades sociales y con la evolución del pensamiento de la época.

En la antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás. Se creía que cuanto más cruel fuera una pena, más eficaz sería. La pena fundamental era la capital (de muerte), porque eliminaba al delincuente, y algo era seguro: ese sujeto no volvería a delinquir.

Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, las corporales (latigazos, mutilaciones, etc.) que causaban dolor físico y afectación psicológica y las infamantes, que causaban descrédito social, desprecio y deshonor frente a los demás (pintar y ridiculizar de alguna forma al delincuente), creyéndose que con la vergüenza escarmentaría el sujeto. También existió la pena pecuniaria, pero generalmente como accesoria.

Cuando las ideas humanísticas empiezan a influir en quien imparte justicia, la pena tiende a corregir más que a castigar severamente. La influencia de César Beccaria, quien rechazara la crueldad y la larga duración de la pena, entre muchas otras cosas, fue decisiva.

Hoy día la pena se encuentra en un período científico. Se intenta castigar no sólo para causar afectación al sujeto, sino también con el fin de readaptarlo y proteger a la sociedad; así en la pena se ve un tratamiento.

La pena tiene las características siguientes:

a) *Intimidatoria*. Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.

b) *Afflictiva*. Debe causar afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.

c) *Ejemplar*. Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.

ch) *Legal*. Siempre debe provenir de una norma legal; previamente debe existir la ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad, ya referido.

d) *Correctiva*. Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.

e) *Justa*. La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa."(28)

(28) AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho penal. 3a. edición. Haría, México. 1994. p. 110

La pena debe cumplir con determinados fines, a saber:

a) De corrección. La pena, antes que todo, debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de readaptación social.

b) De protección. Debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social y jurídico.

c) De intimidación. Debe atemorizar y funcionar de modo que inhíba a las personas para no delinquir.

d) Ejemplar. Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.

Existen diversos criterios bajo los cuales se clasifica a la pena: por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue y por el bien jurídico que afecta.

Por sus consecuencias.

Reversible. La afectación dura el tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior, y las cosas vuelven al estado en que se encontraban, por ejemplo, la pena pecuniaria.

Irreversible. La afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior, por ejemplo, pena corporal o de muerte.

Por su aplicación.

Principal. Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.

Accesorias. Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.

Complementaria. Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.

Por la finalidad que persigue.

Correctiva. Es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto.

Intimidatoria o preventiva. Es aquella con la cual se trata de intimidar o inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir; funciona como prevención.

Eliminatoria. Es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).

Por el bien jurídico que afecta.

Capital. Afecta directamente a la vida del delincuente y se conoce como pena de muerte. Antiguamente era la pena por

excelencia, pues como se vio en párrafos anteriores, importaba más eliminar al sujeto que pensar en corregirlo. Actualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla en su artículo 22 la posibilidad de aplicarla, cuando se trata exclusivamente de los delitos que menciona. El Código Penal del Distrito Federal no hace referencia a dicha pena.

Los últimos estados de la República que la contemplaron fueron el de Sinaloa, que la derogó en 1962, y el de Sonora en 1975; a su vez, el Código de Justicia Militar la conserva en su artículo 142.

C) La pena de muerte

Del artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal, se desprende que la pena capital ha sido excluida del catálogo legal; sin embargo, como la Constitución General de la República no la prohíbe, algunos Estados todavía la conservan en sus respectivos ordenamientos punitivos; también existe en la legislación castrense. Adviértase cómo la Carta Magna la permite (limitándola a casos señalados expresamente) pero no la impone como obligatoria, ni en los supuestos relativos. En tal virtud, aún se sigue discutiendo si debe reimplantarse en el Distrito Federal, así como en las entidades federativas en donde ya no existe, o si, por el contrario, conviene suprimirla en los Estados que todavía la imponen y en el fuero militar.

González de la Vega escribe: "...La pena de muerte es ejemplar, no en el sentido ingenuo otorgado por sus partidarios; es ejemplar porque enseña a derramar sangre. México representa, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aun por el puro placer de matar; la ley fuga, ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre. Es indispensable remediar esta pavorosa tradición, proclamando enérgicamente que en México nadie tiene derecho a matar, ni el Estado mismo.

El estado tiene la grave responsabilidad educacional; debe enseñarnos a no matar; la forma adecuada será el más absoluto respeto a la vida humana, así sea a la de una persona abyecta y miserable. Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. Se ha reservado históricamente a los homicidios calificados especialmente de premeditación; el asesino que prepara su delito siempre tiene la convicción de eludir la acción de la justicia; en su cálculo no entra, ni la pena de muerte ni sanción alguna, salvo que, como afirma Ferri, a la postre resulta esencialmente imprevisor y olvida siempre algún dato que permitirá no evitar el delito ya consumado, sino imponerle la sanción. El caso típico que demuestra la inutilidad de la pena de muerte es su aplicación en los delitos de rebelión.

El recrudecimiento último de los delitos de sangre y la iniciativa de la restauración de la pena de muerte, son síntomas de un mismo mal: la tradición de Huichilobos."(29)

A las razones anteriores, Carrancá y Trujillo añade "que la pena de muerte es, en México, radicalmente injusta e inmoral, pues el contingente de delincuentes amenazados con ella, se compone de hombres humildes del pueblo; los delincuentes de las otras clases sociales delinquen generalmente contra la propiedad y en esos casos la pena capital no estaría señalada. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en donde se han desarrollado, mal alimentados y viciados por el alcoholismo, siendo los culpables no ellos, sino el Estado y la sociedad, que en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica, los suprime lisa y llanamente por medio de la pena de muerte."(30)

Infinidad de argumentos se han aducido en pro y en contra de la pena capital; mucho se ha escrito sobre esta cuestión. En favor se afirma fundamentalmente que es necesaria, lícita, ejemplar y útil.

-
- (29) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10a. edición. Porrúa. México, 1995. p. 121
- (30) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. cit. p. 314

Podemos agregar que las normas jurídicas deben tener un mínimo de contenido moral (el Derecho pertenece a la ética, *lato sensu*) e indiscutiblemente la ley moral establece la prohibición de matar. El *no matarás* del Decálogo es terminante, imperativo, en su contra no vale argumento alguno; ordena simplemente no matarás, en ningún caso, a nadie, ni a ti mismo.

D) Nuestra realidad penitenciaria

En estos últimos días se ha hablado con reiteración que llega hasta el cansancio de que el artículo 18 de la Constitución establece que debe organizarse en la República el sistema penal. Desde 1917 rige este precepto sin que haya tenido hasta ahora el debido cumplimiento, pues tal sistema penal brilla aún por su ausencia, y eso que la pena de prisión es la única prácticamente aplicable entre nosotros, cuando se la utiliza por no regir la regla general, que es la impunidad de los delitos. Según la propia Constitución ese sistema penal debe tener por base el trabajo como medio de regeneración.

Concordantemente con la Constitución, el Código Penal vigente en el Distrito Federal desde 1931, establece en su artículo 78 que la prisión deberá atender a diversas finalidades mediante la clasificación de los delincuentes, la diversificación del tratamiento a que se los sujete, la

selección de los medios adecuados para lograr la resocialización del reo y su readaptación a la libertad. Bellas palabras que están vigentes en una ley de 1931, pero que no son sino letra muerta.

La verdad de nuestras penitenciarías es bien conocida de todos: promiscuidad, explotación de toxicomanías y vicios, comercio con comidas y bebidas, armamentización de los reos, crímenes y riñas sangrientas.

Nuestros penales son escuelas en las que se doctoran en el delito los delincuentes. Son centros de explotación de los cientos o miles de hombres coleccionados en ellos por el Estado.

Como el mejor homenaje a la Constitución, lo que haya que pedir es que se la cumpla. El anuncio hecho por el jefe del Departamento sobre que se atenderá a los fines que la Constitución establece para nuestro sistema penal, es la esperanza de que por fin la Constitución será cumplida. Un cuerpo de asesores técnicos junto a los directores de la cárcel y de la Penitenciaría podría ser el mejor modo de comenzar a poner en obra ese cumplimiento.

Y será así como no sólo el orden y la disciplina importará en nuestros penales, ya que no son lo mismo un penal, que un cuartel.

Ahora bien, en medio de este panorama de tan compleja disimilitud y degradación moral, en uno de los capítulos más importantes de la vida pública, no todo es sombra y desesperanza. Hay algunos focos de atracción, algunos ejes que propician el movimiento hacia la cima que todos anhelamos. Uno de ellos ha sido y es el Centro Penitenciario del Estado de México, en la ciudad de Toluca, al que se refirió el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo con las siguientes palabras: "Reclusorio sin parigual hasta hoy en la República Mexicana, lo que puede repetirse en el año de publicación del presente libro (1974). Tal experiencia penitenciaria se ha enriquecido con la magnífica Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México, de abril 20 de 1986, y la que constituye la pauta para otras leyes similares en la República. Desde luego hay leyes de ejecución de penas anteriores a la citada; la de Veracruz, de 1947; la de Sonora, de 1948; la de Zacatecas, de 1965 y la de Guanajuato, de 1959. Sin embargo, y a pesar de su relieve, ninguna de esas leyes tuvo el alcance que la del Estado de México. O sea, aquí se trata de una ley hecha realidad; porque la sola teoría sirve para la especulación, pero no para resolver los problemas inmediatos del Derecho."(31)

Hay que señalar, con justicia, que la Ley del caso forma parte del amplio programa de acción penitenciaria que trazó y llevó a la práctica el Gobernador, Lic. Juan Fernández
(31) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 320

Albarrán, creador igualmente del Centro Penitenciario del Estado de México, que dirigió brillantemente el Dr. Sergio García Ramírez y que estuvo (1974) en las magníficas manos del Lic. Antonio Sánchez Galindo.

Puesto que la ley en cuestión es la principal base jurídica para el funcionamiento del Centro Penitenciario del Estado de México, Centro piloto en el país y al que han venido investigadores extranjeros para constatar los aciertos al mismo, he aquí algunas consideraciones sobre dicho cuerpo de leyes. En primer lugar se ajusta al espíritu del artículo 18 Constitucional, al organizar el sistema de ejecución de penas sobre la base del trabajo, tendiente a la readaptación social del delincuente; pero por medio de un sistema progresivo técnico, con períodos de estudio y diagnóstico, tratamiento y reintegración.

La Ley pone especial relieve, por ejemplo, en atender los requerimientos de la clasificación. Dentro de su sistema penitenciario destaca un régimen progresivo de carácter técnico, sobre la base de un tratamiento rehabilitador y del estudio integral de la personalidad de cada recluso, con el propósito de llegar a un período de tratamiento preliberacional. La técnica empleada es por demás plausible. El interno, después de que ha sido sentenciado, pasa al período de observación o bien de estudio y diagnóstico. Luego entra en la fase de tratamiento, durante la cual se aloja en

los dormitorios de clasificación. El tratamiento preliberacional fue recomendado por el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 1960) y ha dado lugar en el Estado de México al funcionamiento de grupos piloto de tratamiento, experiencia única en nuestro país, dice García Ramírez "que ha permitido la mejor individualización del tratamiento, en forma intensiva. Este último período del sistema penitenciario puede abarcar, según las circunstancias del caso, de tres a seis meses antes de la liberación del recluso, con posibles permisos de salida. Es decir, se está a un paso de la prisión abierta, a la que tiende de manera invariable el moderno Derecho Penitenciario. Los resultados, por lo que tenemos entendido, aunque prometedores no llegan todavía al fin deseado. Sobre el particular hay que tener en cuenta la psicología del recluso, que recibe toda primera innovación con el natural rencor del hombre privado de su libertad, aunque la ley quisiera brindarle esa libertad."(32)

Por lo que toca al adiestramiento del personal, tal vez el más delicado problema de la práctica penitenciaria, se procede al examen cuidadoso de los candidatos por medio de "tests" de probada eficacia, así como a cursillos intensivos de adiestramiento. Al respecto, nunca se insistirá bastante en la necesidad de la selección y el adiestramiento del

(32) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Represión y tratamiento penitenciario de criminales. Op. cit. p. 295

personal. El moderno Derecho Penitenciario se preocupa por readaptar al hombre delincuente, tomando en cuenta los factores determinantes de su personalidad; pero los individuos que ayudan a la readaptación deben ser gente selecta. El factor humano cuenta al máximo en tan delicada operación; es el instrumento por medio del cual se triunfa o fracasa. No hay que olvidar que dicho factor humano es el único contacto que tiene el recluso hacia el mundo exterior.

Se puede decir que en estrecha colaboración con la ley, el Centro Penitenciario del Estado de México tiene normas internas para su funcionamiento que enriquecen y amplían el sentido de la misma ley: Instructivo General para los Celadores del Centro Penitenciario del Estado de México, Instructivo para los Internos del Centro Penitenciario del Estado de México e Instructivo General de Visitas y Registro de Visitantes, Vehículos y Celadores del Centro Penitenciario del Estado de México.

La ley habla del trabajo como medio readaptador y regenerador del delincuente, aparte de la capacitación para el mismo y la educación. Al efecto, el Centro Penitenciario ha tomado en cuenta las características del delincuente y las especiales del medio carcelario en el Estado de México. El producto del trabajo tiene como principal mercado el oficial y se distribuye en diversas partidas: sostenimiento del interno en el Penal, manutención de su familia, reparación

del daño, formación de un fondo de ahorros y constitución de una pequeña cantidad para gastos menores del recluso.

El trabajo, sin duda, es decisivo en el proceso de readaptación del delincuente. Pero el trabajo no debe ser forzado. Si no obedece a factores internos del recluso, a su iniciativa, aunque obviamente provocada, a sus facultades, en vez de curar enferma el espíritu del delincuente. Lo notable en la práctica penitenciaria del Estado de México, pudimos constatarlo cuando el Doctor García Ramírez era el Director, es que combina el interés del delincuente con el del medio carcelario en el mismo Estado. No obstante, es muy importante que la función de "laboroterapia" del trabajo no vaya en contra de las tendencias del recluso; es decir, imponerle un trabajo puede ser castigo (poco recomendable, pero no medicina que coadyuve a la readaptación).

Por lo que toca al capítulo de educación penitenciaria, la ley no olvida que la enseñanza que se imparta deberá orientarse hacia la reforma moral del interno, procurando afirmar en él el respeto a los valores humanos y a las instituciones sociales. Cabe precisar que la educación penitenciaria tiene un doble aspecto, el instructivo y el pedagógico, entendiendo por pedagogía aquello que enseña y educa. No se puede poner en duda, por ejemplo, el positivo funcionamiento de la escuela primaria. Pero es necesario que haya algo más: que la enseñanza se impregne de sentido ético

y social. La biblioteca, las conferencias, los boletines educativos, el programa de "musoterapia", son de vital importancia en el orden ético y social.

De especial relieve son la visita familiar, la visita íntima y la visita especial. La primera con familiares y amigos, o compañeros; la última con los abogados. Por lo que toca a la íntima, he aquí un serio tema de estudio.

"La política penitenciaria de readaptación del recluso tiende a familiarizarlo, en la cárcel, con todas las expresiones del mundo exterior; y una de las expresiones más evidentes es la de los afectos, las emociones sensuales, la vida sexual en una palabra. Lo contrario conduce, hasta psiquiátricamente, a estados patológicos que destruyen la personalidad y la hacen peligrosa, pensemos en el reo liberado que después de diez años de abstinencia sexual, por ejemplo, vuelve al seno de la colectividad y ve mujeres, todavía en edad de potencia sexual."(33)

Sin embargo, en este punto no coincidimos del todo con las soluciones adoptadas por el Centro Penitenciario del Estado de México, derivadas de la ley. O sea, aceptamos las bases pero proponemos nuevas desideratas. Se dice que todo el proceso correccional del recluso tiene como mira remodelarlo

(33) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 5a. edición. Porrúa. México. 1985. p. 504

para la vida en libertad; y de ahí que no deba aislársele por completo de sus relaciones con el exterior. En el Centro Penitenciario en cuestión, la visita íntima se finca sobre bases sólidas. La visitante íntima debe ser, en primer lugar, esposa del recluso o, en caso de no existir matrimonio, concubina con quien haya hecho vida marital estable. El Director del Centro establece que: "Bajo ningún concepto se permite a un recluso casado la visita íntima con persona que no sea su esposa, ni se autoriza el cambio de visitantes. Tampoco se autoriza el acceso de prostitutas."(34) Por otra parte, la visita es hebdomadaria.

El recluso casado, desde luego, no debe recibir a otra mujer que no sea su esposa. Tras las rejas de la cárcel no tienen por qué contravenirse las reglas morales de la colectividad. A falta de esposa, el Centro Penitenciario que cita autoriza la visita de la concubina con quien el recluso haya hecho vida marital estable. Pero a falta de concubina ¿por qué se prohíbe la visita de otra mujer? Supongamos que el recluso es soltero y que dentro de la cárcel no ha podido establecer relaciones pre-sexuales, noviazgo, amistad, etc., con otra mujer. ¿Es justo que se le condene a la abstinencia? Admitimos que el delincuente casado o que vive en concubinato no reciba a otra persona que no sea su esposa o su concubina; pero el que no se encuentra en tal situación tiene derecho a la vida sexual. No se discute que esta vida debe ser

(34) *Ibidem*, p. 531

regulada, es decir, sometida a reglas de tipo sanitario y médico, de higiene.

Entendemos que las relaciones sexuales, que salvo casos aberrantes no sólo son sexuales sino incluso emocionales, favorecen el desenvolvimiento de cualquier personalidad normal. Con mayor razón, pues, han de favorecer el desenvolvimiento de las personalidades anormales.

Si hay familia, el Estado no debe nunca desatender el fortalecimiento y mantenimiento de los vínculos familiares. Pero no aceptamos que se condene al recluso a la abstinencia total, la que fatalmente suele conducir a crisis de neurosis, de onanismo y de homosexualismo. Y dichas crisis no propicia, por supuesto, la readaptación del reo, sino que la obstruyen. Admitimos, si hay esposa, la tesis del Director del Centro: "no se trata solamente de la satisfacción de una necesidad sexual, sino más bien, del mantenimiento de los vínculos totales que unen a los cónyuges, a pesar de la situación de pérdida de libertad en que uno de ellos se encuentra." (35)

Para quien rechace la idea que proponemos, si lo hace desde el punto de vista moral, habría que recordarle que una cárcel no es una institución moral y que la readaptación del

(35) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. Op. Cit. p. 548

recluso depende de reglas naturales, más allá de la ortodoxia y la religión.

En cuanto al problema de la visita íntima o conyugal entendemos que hay muchas soluciones teóricas, aunque de ellas muy pocas son viables. Nos inclinamos, desde luego, por la denominación de "visita íntima" ya que la de la "visita conyugal" ofrece el inconveniente de que cónyuge es el casado legalmente (artículos 148 a 161 del Código Civil), y aquí proponemos que el recluso pueda recibir en visita íntima tanto a la esposa como a la concubina o bien, en su caso, a una amiga o prostituta. Insistimos en que se le debe dar preferencia al problema de la salud sexual antes que a los prejuicios religiosos o morales. Sobre una base de requisitos de tipo sanitario y médico, el recluso que carece de esposa o concubina podría recibir a una amiga o prostituta, según los requerimientos del mismo recluso y bajo la más estrecha reglamentación y vigilancia de las autoridades del Penal.

Es necesario insistir en que las bases de la reeducación penitenciaria, en muchos aspectos, se parecen a la pedagogía infantil. Lo mismo que un niño, el recluso necesita de premios y castigos; pero si el premio o el castigo no son arbitrario sino equilibrados, el fiel de la balanza señalará perspectivas de madurez en la vida carcelaria el recluso. La sanción y el estímulo son, por otra parte, medicinas de valor indiscutible dentro del proceso de readaptación.

Un resumen de la Ley y del Centro Penitenciario del Estado de México conduce establecer que se trata de un Centro apoyado en aquella base legal, que es su verdadero sustento. Es un Centro Penitenciario tipo o modelo, dentro de su género, en nuestro país. Sus realizaciones del mayor relieve son: los grupos pilotos de tratamiento (experiencia única en México) que han permitido la mejor individualización del mismo; el establecimiento de un sistema penitenciario de carácter progresivo, fundado en el estudio de la personalidad y dividido en varios períodos entre los que destacan el de observación (estudio y diagnóstico) y el de preliberación (de la mayor importancia); el ensayo de ciertos principios de autogobierno de los reclusos en actividades deportivas, recreativas y culturales; la distribución efectiva de las retribuciones que percibe el interno por su trabajo, de la siguiente manera: manutención de la familia, reparación del daño, constitución de un fondo de ahorro, contribución al sostenimiento del Penal y gastos menores del recluso.

E) Las prisiones de hoy

Hay una sobrepoblación en la mayoría de las prisiones de hoy en el mundo entero, lo que las hace por demás deficientes. La causa del mal, para algunos especialistas, no reside en la organización administrativa de las prisiones ni en los métodos aplicados, sino en una aguda insuficiencia de equipo debida a los créditos reducidos. O sea, no se

construyen más prisiones, o se construyen lentamente, y los presos abarrotan las que hay. Junto a este hecho, objetivo y alarmante, es fácil comprobar que aumentan los índices de la criminalidad; ello se debe, a partir de la segunda guerra mundial, al aumento de las tensiones económicas y políticas, a la injusta distribución de la riqueza, al despertar del llamado Tercer Mundo. ¿Es que acaso la liberación de los pueblos, su ansia de justicia, son sinónimos de criminalidad? Evidentemente no, pero los cambios sociales y políticos favorecen una distensión de la conducta que, más a menudo que lo deseable, se traduce en desadaptación social o delito. Ilustra elocuentemente esta idea el cúmulo de atentados políticos que hoy vive el mundo, los frecuentes actos de terrorismo. ¿Hasta dónde son legítimas expresiones sociales en busca de un orden más justo? ¿Hasta dónde son simples actos criminales? No es fácil precisarlo de manera global. Lo evidente, el hecho que preocupa, es que hay una superpoblación en las prisiones.

"El ilustre profesor de Strasbourg Jacques Léauté, ha observado que la liberación de Francia y la guerra de Argelia favorecieron una serie de actos de terrorismo, lo que produce un aumento en el índice de criminalidad. La conclusión es que todo gran movimiento social lleva su cauda de violencia. Y ni qué decir que el mundo de hoy se halla hundido en una enorme convulsión social que aumenta, inevitablemente, dicho índice de criminalidad." (36)

Ahora bien, hay ciertos hechos de estadística penitenciaria que vale la pena tener en cuenta. Los condenados, por ejemplo, constituyen la parte más numérica de los detenidos, pero no la única. También se encuentran en los establecimientos penitenciarios aquellos individuos que los franceses llaman *prévenus*, es decir, inculpados o acusados sujetos a la detención preventiva y que aguardan a ser juzgados. Ellos, naturalmente, contribuyen a la explosión demográfica en las prisiones. Pero hay también causas ajenas al mundo penitenciario y que coadyuvan poderosamente al engrosamiento de la población carcelaria. La criminalidad, particularmente la del Derecho común, ha provocado con su aumento un grave retardo en la duración de las instancias, lo que repercute en la sobrepoblación carcelaria puesto que a lo elevado del número de los individuos sujetos a proceso habría que añadir la infinidad de juicios que duran más de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y más de un año si la pena máxima excede ese tiempo, contraviniendo lo dispuesto en la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.

Se suele pensar que Europa es el paraíso de las grandes soluciones, cuando en realidad lo es de los grandes planteamientos y teorías. En Europa occidental, cuya cabeza pensante a nuestro juicio es Francia, son insuficientes los locales para contener a todos los sentenciados, aislándolos por lo menos durante la noche. Pocos nuevos establecimientos

se han construído, pues la administración penitenciaria no recibe créditos que se den a basto para la tarea.

O sea, en esto nos identificamos con los europeos, aunque nuestros problemas son mayores. Huelga decir que la sobrepoblación carcelaria, la incomodidad e insuficiencia de los edificios, los pocos recursos económicos, originan riesgos físicos y morales que amenazan el progreso de la vida penitenciaria. A ello habría que añadir, dentro del actual estado de cosas, una carga del procedimiento, tal vez heredada desde los viejos tiempos de los romanos: todos los detenidos y puestos a disposición de jurisdicciones competentes para ser juzgados, han de quedar en las cárceles o penitenciarías de la propia jurisdicción, no importa el estado de la misma. Esto ilustra cómo la ciencia penitenciaria no está aislada del Derecho.

"Las estadísticas, a pesar de sus deficiencias (ya vimos cómo una es la criminalidad real y otra la aparente), contribuyen en grado muy alto a plantear los grandes problemas de nuestra disciplina. El profesor Léauté recuerda que más de la mitad de las evasiones (254/217) habidas en Francia entre el 12 de enero de 1959 y el 31 de diciembre de 1963, tuvieron lugar por el pésimo estado de las construcciones carcelarias o por la defectuosa distribución de los locales; añadiendo que el 50% de la población penal no puede estar ocupada en un trabajo, por lo que el excesivo

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

número de reclusos y la ociosidad explica, según ciertos médicos, actos de inmoralidad cometidos (en la misma Francia) por un 30 a 40% de los presos en diversos establecimientos. Si esto ha sucedido en Francia, imaginemos lo que sucederá en otros países con menos recursos."(37)

"Las estadísticas, volviendo a ellas, suelen poner el dedo sobre la llaga. El 12 de enero de 1968, en Francia, 5,506 detenidos eran menores de 21 años (siendo en Francia los 18 años la edad de mayoría penal), contra 2,775 el 12 de agosto de 1960; y una tercera parte de la población de las prisiones contaba con menos de 25 años (el 55% tenía menos de treinta años). El mundo es de los jóvenes, se dice. Lo patético es constatar que también es de ellos el mundo de la delincuencia. En México no contamos, por desgracia, con estadísticas y datos tan exactos, pero no somos ajenos a ese mundo que se disputan seres humanos de diferente edad. O sea, que el informe estadístico nos pone sobre aviso de las deficiencias educativas, del violento cambio, a menudo impensado, de algunas estructuras sociales, de la crisis moral en el seno de las nuevas generaciones. Y todo ello repercute, inevitablemente, en un desajuste emocional que trastorna la conducta y eleva alarmantemente los índices de la criminalidad."(38)

(37) *Ibidem.* p. 499

(38) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *Cárcel y pena en México.* Op. cit. p. 567

Una serie de datos sobre analfabetismo, recogidos en el censo de 1970 y publicados por la Secretaría de Educación Pública (marzo de 1974), indican que hay siete millones, 677,000 mexicanos mayores de 10 años (23.74% de la población de esa edad) que no saben leer ni escribir. Y más de 21 millones de mayores de 9 años (57.9% de la población de esa edad) forman parte de los "analfabetos por desuso", es decir, que olvidaron la lectura y la escritura. ¿No es esta enorme población de indefensos morales y sociales, carne fácil de las cárceles y penitenciarías? Pero lo grave, lo gravísimo, es que el problema aumenta día con día. En cuanto a la salud pública, por ejemplo, la ciencia médica y de seguridad social ofrece un progreso evidente, que repercute en beneficio de millones de hombres y mujeres. Pero en nuestro campo, el panorama es otro. La explosión demográfica y la insuficiencia de recursos se traducen en miles de presos y pocas cárceles, aparte del enorme trabajo que cuesta llevar la teoría al terreno de la realidad. Por eso, tal vez y equivocadamente algunos países se han inclinado a favor de la pena capital; algo semejante a la impotencia del médico que, sin poder sanar, tuviera por regla cortar el miembro enfermo. Cabe recordar que ya desde los comienzos del positivismo penal Enrico Ferri, el ilustre discípulo de Lombroso, sostenía que la tasa de crímenes por cien mil habitantes permanece relativamente constante en un país de un año al otro, en tanto que las circunstancias políticas, económicas y sociales no cambian sensiblemente. Esto indica que, dadas las

circunstancias del mundo moderno, hay que prever un aumento, correspondiente de la capacidad de prisiones y tomar las disposiciones necesarias para aumentar el número de plazas disponibles en las prisiones; esto siempre y cuando, por supuesto, se resuelva mantener la prisión en su estado actual, como pena principal.

Tal parece, pues, que en vista de la explosión demográfica, que acarrea una explosión criminológica, es imposible, para el futuro inmediato, gastar sumas fantásticas en la construcción de prisiones, ya que ellas habrían de invertirse en las cárceles que se necesitan. Es así como el papel de la prisión, en el presente y el futuro inmediato, se halla seriamente comprometido. La prisión, por lo tanto, tendrá que ser substituída por una política criminal que tienda a "descriminalizar", o sea, a prevenir los delitos y combatir las causas de los mismos, tanto en el orden exógeno como en el endógeno; y para la prisión han de quedar exclusivamente los casos extremos. La prisión, en consecuencia, no es hasta hoy el mejor monumento a la readaptación social.

Ha de entenderse, con claridad meridiana, que el problema de la pena de prisión y de las cárceles es parte importantísima de la problemática social a la que se enfrentará el mundo del mañana, que en buena parte ya es el de hoy.

"Cabe hacerse aquí una consideración, desde el punto de vista del Derecho comparado. En alguna forma contribuye al auge de la población carcelaria lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 9 del Código Penal, o sea, que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario (presunción legal *juris tantum* del dolo); regla en verdad innecesaria, opina Carrancá y Trujillo, por cuanto, dado nuestro sistema de estricta legalidad, sólo se está excluido de responsabilidad en los casos limitativamente enumerados en el mismo Código Penal (artículo 15) y sólo constituyen delitos no intencionales o de imprudencia (culpa) los que, igualmente encajan en la enumeración que el mismo Código Penal da de las imprudencias (artículo 8 fracción II C.P. y 7 Proy. 1949). Además, continúa Carrancá y Trujillo, se trata notoriamente de una regla procesal, fuera de lugar en un Código Penal. No obstante, en vista del precepto transcrito la sola enumeración de la regla general impone la necesidad inexcusable de que las resoluciones jurisdiccionales examinen en primer lugar, si la acción delictuosa deja subsistente la presunción de dolo o si, por el contrario, dicha presunción ha quedado destruída por prueba suficiente, pudiendo entonces tratarse de un delito culposo."(39)

Desde el punto de vista que nos interesa, esto quiere decir que la presunción legal *juris tantum* del dolo envía

(39) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 188

mucha gente a la cárcel. No hacemos aquí la crítica o la alabanza del principio jurídico sino un simple señalamiento de carácter objetivo. Ahora bien, el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal francés especifica que: "La detención preventiva es una medida excepcional". Lo anterior es consecuencia de un principio que se enuncia de la siguiente manera: todo individuo se presume inocente hasta el instante de su condena. La comparación entre el Derecho francés y el mexicano, por ejemplo, nos revela que nuestro sistema abre muchas más veces las puertas de la cárcel. Cabría preguntarse de nueva cuenta, como ya lo hicimos párrafos atrás, cuánto tiempo dura la detención preventiva. Por otra parte, todos los individuos sujetos a tal clase de detención no siempre son sentenciados condenatoriamente, aunque hayan sufrido la humillación de la cárcel. Estudiosos en la rama han señalado que la amplitud media de esta detención es el índice de una lentitud demasiado grande en ciertas instancias. Reducir el efectivo de los detenidos preventivamente dependerá tanto de una limitación de la práctica de esta encarcelación previa, como de una aceleración de la instrucción preparatoria en general. Es decir, en el caso de México, de un estricto cumplimiento de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional. De esta manera, en consecuencia, se aminoraría el peso de población que soportan las cárceles y que tanto afecta su función; aunque aminorarlo no es resolver el problema en su raíz.

Aspecto muy importante es el de la organización administrativa de las prisiones. En muchos países europeos (Francia, por ejemplo) dicha administración penitenciaria depende del Ministerio de Justicia. Además, existe siempre una administración central con asiento en la capital, la que no se opone a los servicios exteriores establecidos en provincia. La dependencia del Ministerio de Justicia, o sea, del órgano del Estado *ad hoc*, pone de relieve que el encarcelamiento no es una medida estrictamente administrativa, sino la ejecución de un juicio rendido por una jurisdicción competente.

Por cierto, es oportuno transcribir aquí los siguientes párrafos de Carrancá y Trujillo: "Para dar cumplimiento al precepto constitucional, para que cesen en cuanto a la pena de prisión el despilfarro de energías y dinero o la impunidad, se hace necesario un esfuerzo coordinado de todo el Poder público de la Nación y asimismo, el auxilio de la iniciativa privada. Todo ello, que diera por fin nacimiento a una seria política penitenciaria en México, hace indispensable una Dirección Nacional de Institutos Penales."(40) Cabe señalar que la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, siendo tan importante como es, no cumple sino una parte de la función

(40) *Ibídem*. p. 138

que podría cumplir la referida Dirección Nacional de Institutos Penales.

Es deseable que la dirección de la administración penitenciaria se visualice en un organigrama de la mayor calidad. En Francia, por ejemplo, tal dirección cuenta con dos subdirectores: la de ejecución de penas y la de personal y asuntos administrativos. A su vez, la de ejecución de penas se subdivide en oficina de la detención y oficina de la "probación" y de la asistencia post-penal. El hecho de que la ejecución de penas depende de la dirección de la administración penitenciaria, centraliza la responsabilidad bajo un mismo control cuyo cerebro radica en el Ministerio de Justicia. En México ya sabemos que a falta de dicho Ministerio tales funciones recaen, en su mayoría, en la Secretaría de Gobernación puesto que la Procuraduría General de la República tiene específicamente otras; la de la titularidad del ejercicio de la acción penal para la persecución de los delitos, aparte de la consejería jurídica del gobierno.

La oficina de detención, en el ejemplo francés que citamos, comprende la preparación y la aplicación de los textos relativos a las penas privativas de libertad, así como la adaptación de los métodos penitenciarios a cada tipo de detenido. En México, por ejemplo, contamos con los artículos 51 y 52 del Código Penal (arbitrio judicial para fijar las

penas, y datos individuales y sociales del sujeto, y circunstanciales del hecho, reguladores del arbitrio judicial). pero a falta de una ley de ejecución de penas para el Distrito Federal, o bien de carácter federal salvando los obstáculos legales que pudieran surgir, la adaptación de los métodos penitenciarios a cada tipo de detenido queda sujeta al arbitrio, débilmente regulado por un reglamento interno, del Director del Penal. Es fácil observar, entonces, que sin dicha adaptación de los métodos penitenciarios la individualización de la pena, tan importante, se pierde en el capricho de la ineficacia.

Por lo que toca a la oficina de la "probación" y de la asistencia post-penal, en Francia, vigila las cuestiones relativas al cuidado con el período de prueba, y también la asistencia a los liberados. O sea, que desde el mismo control de la dirección de la administración penitenciaria se atiende a los imperativos del régimen progresivo y a las necesidades y orientaciones de los liberados. La ventaja de este sistema es evidente: nada ni nadie como la dirección de la administración penitenciaria para conocer cada caso particular, de donde resulta un elevado índice de probabilidades de éxito. Lo contrario, es decir, disponer desde medios ajenos a la realidad, es burocratizar, y en consecuencia, no resolver los problemas.

CAPITULO IV

LOS FINES DE LA PENA COMO PREVENCION GENERAL

De manera genérica puedo decir que dentro de los fines de la pena en su carácter preventivo, ésta contiene los siguientes: Obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo futuro y reformarlo para readaptarse a la vida social.

Para el caso de inadaptables, la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto, persiguiendo en todo momento la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.

A) Características de la privación de libertad

Se ha visto que la privación de la libertad consiste en la reclusión del individuo en un establecimiento penal, prisión, penitenciaría, reclusorio, etc., 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.

A pesar de sus novicios efectos y de la fuerte reacción que contra ella se ha manifestado, en particular en los

Últimos años, es el medio de protección social contra el delito, empleado con mayor frecuencia y constituye el sistema penal de todos los países. La prisión es un instrumento que hasta ahora, no ha sido sustituido, donde se segrega a los sujetos peligrosos, que no pueden ser dejados en libertad sin grave quebranto de la vida ordenada en la comunidad, aleja del delito a gran número de individuos, unos ya penados, que recuerdan su dolorosa experiencia de la vida carcelaria, otros que aún no habiendo delinquido conocen también las incomodidades y tribulaciones de la reclusión, y finalmente, constituye un medio adecuado para la "reforma" y resocialización" de los delincuentes, si bien esta aspiración reformadora, ha de decirse en honor a la verdad, se ha alcanzado hasta ahora en proporciones muy modestas.

El régimen penitenciario, según la concepción dominante, debe ser organizado y aplicado con la exclusiva finalidad de alcanzar la reforma del recluso y su reincorporación a la vida social.

No puede olvidarse que un número muy crecido de delincuentes son refractarios al tratamiento reformador, son incorregibles, y sólo el transcurso de los años, la vejez, podrá tal vez atenuar su peligrosidad. Los estudios realizados sobre el delincuente y muy especialmente de la conducta de los penados después de su liberación, nos permiten ver que vuelven a reincidir, esto demuestra que gran

parte de ellos son inasequibles a una actuación reeducadora, que son incapaces de reformar, si bien muchos recaen en la vida criminal por carecer de apoyo y asistencia.

No parece acertado señalar como fin único de la ejecución penal la reforma y readaptación social del recluso, la prisión debe obrar sobre grandes masas de delincuentes como medio de prevención del delito mediante su eficacia intimidativa, prevención general, sin olvidar su sentido retributivo de la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida al sentimiento colectivo de justicia que debe recibir la satisfacción debida.

Más cuando fuere necesario conseguirlo, y posible alcanzarlo, el fin reformado, la resocialización del delincuente o su reinserción social, como se dice ahora, habrá de inspirar de modo predominante la ejecución de estas penas.

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días todas las sociedades han poseído un sistema de penas, de carácter privado o público, animada por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la vida ordenada comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de carácter humanitario, la pena, con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y

en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social que no la proteja no es concebible.

"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."(41)

Toda pena, cualquiera que sea su fin, aun ejecutada con profundo sentido humanitario como las modernas penas de prisión, siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que la sufre. La pena debe ser establecida por ley y dentro de los límites fijados por la misma, que habrán de imponerse con observancia de los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un juicio penal.

Sólo pueden ser impuestas a los declarados culpables de una infracción penal. Sin culpabilidad y su declaración previa no se concibe la imposición de la pena (*nula poena, sine culpa*).

Debe recaer únicamente sobre la persona del culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro.

(41) HENTIG VON, Hans. La pena. Las formas modernas de su aparición. 10a. edición. ESPASA-CALPE. Madrid. 1990. p. 391

La pena es la justa retribución del mal, del delito. proporcionada a la culpabilidad del reo, ésta es su esencia íntima.

La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir para la realización de la justicia.

La pena es siempre retribución. No importa que aun sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene como generalmente se admite, ni que aspire directamente a semejante función de prevención general, o sea que se proponga la reforma del penado no obstante estas beneficiosas o laudables aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo.

"Era principio fundamental entre los penalistas de la escuela Clásica que la pena debía ser proporcional al delito. Proporcional en calidad, lo que exigía que los delitos más graves fueran castigados con las penas más graves y proporcional en cuantía, que las penas fueran impuestas en mayor o menor grado en correspondencia con la culpabilidad del reo."(42)

(42) Ibídem. p. 393

No debe ser descuidada la idea de proporción entre delito y pena, sólo se concibe cuando ésta se inspira en un sentido retributivo, más no debe olvidarse que con gran frecuencia, puede y debe aspirar a la reincorporación social del penado, o si fuere necesario, a su segregación de la vida comunitaria. Así pues, cuando se aplique con carácter de tratamiento reformador contra sujetos inadaptables, debe corresponder a la personalidad del delincuente, debe individualizarse, más si se impone con estricto contenido retributivo, o con la sola aspiración de prevención general, su adaptación a la persona del reo posee menor importancia.

El órgano jurisdiccional debe tener presentes las normas señaladas en la Constitución, en el Código Penal y en los de Procedimientos Penales para aplicar la sanción o la medida de seguridad y así llevar a cabo la individualización procedente de manera clara y precisa.

Para fijar el tiempo que debe durar la pena de prisión, el juez atenderá al mínimo y máximo prescrito para el caso concreto, no rebasando jamás los límites legales previstos en el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal (desde 3 días hasta 40 años).

Acatando lo dispuesto por la fracción X del artículo 20 Constitucional, se abonará al sentenciado el tiempo que estuvo privado de su libertad, no concretándose únicamente a

ordenarlo, sino más bien llevar a cabo la resta correspondiente, precisando el quantum, es decir tomando como base la pena señalada y el momento a partir del cual el procesado fue privado de su libertad, se hará el descuento para así establecer concretamente cuanto tiempo deberá permanecer el sujeto en la prisión y a partir de que fecha principiará a cumplirse, o si se da por compurgado.

Cuando la prisión no exceda de 2 años se dirá si es de concederse, o no, el beneficio de la condena condicional, de acuerdo con el artículo 90 del Código Penal, mencionándose las razones y fundamentos de la procedencia o en su defecto, de la improcedencia.

"Surgen condiciones previas para la imposición de la pena de prisión, que son las siguientes:

a) Parquedad: debe imponerse la sanción menos restrictiva (punitiva) que sea necesaria para alcanzar propósitos sociales definidos.

El principio es utilitario y humanitario; su justificación es en cierta forma obvia, puesto que el sufrimiento inflingido vía de sanción más allá de las necesidades sociales es, en este contexto, lo que define la crueldad.

b) Peligrosidad: la predicción de la criminalidad futura debe descartarse como base para la determinación de que el reo debe ser encarcelado.

La peligrosidad como pronóstico de criminalidad futura constituye un fundamento injusto para la imposición de una condena de prisión, pasamos de lo ampliamente admitido a lo altamente polémico; por lo tanto debe ser descartada porque presupone una capacidad de predecir la conducta delictuosa futura que se encuentra por completo fuera de nuestra posibilidad actual.

c) Merecimiento: no debe aplicarse ninguna sanción mayor de la que merece el último delito o serie de delitos, por cuyo motivo se está juzgando al acusado.”(43)

La ley penal aplica una noción de mérito que algunas veces evalúa el mínimo de castigo que el infractor convicto debe sufrir si ha de ser readmitido como integrante de la sociedad, pero siempre determina el máximo de la pena que puede serle infringido.

La prisión no se mira ahora como un rechazo social permanente; es a lo sumo una prescripción temporal: las puertas de la cárcel se abren para todos excepto para unos

(43) LARIOS VALENCIA, Roberto. Penitenciarismo. 6a. edición. Herrero. México. 1993. p. 406

pocas. En los términos de esta diferenciación pues, la prisión es expiatoria y no eliminativa. No se pretende afirmar que la sociedad reciba al presidiario que cumplió la pena como a la oveja perdida que retorna al rebaño. La senda que conduce a su readmisión social es difícil y traicionera, pero al menos se parte de la base de que la prisión tiene un efecto expiatorio.

Requisito previo de la pena de prisión:

a) Declaración de la culpabilidad por un jurado o por un fallo judicial o confesión aceptable respecto de un delito para el cual la prisión se encuentra estipulada legislativamente.

Por consiguiente la pena de prisión debe estar en relación con el delincuente y adaptarse a sus condiciones personales, la hoy llamada individualización penal, que no es idea reciente, porque se practicaba en el antiguo derecho romano y el germánico.

"La individualización consiste en establecer un tratamiento de la antisocialidad que se ha manifestado en el acto delictivo y del que la infracción realizada es contemporáneamente, síntoma y medida."(44)

(44) ORTIZ, Serafín. Los fines de la pena. Op. cit. p. 128

Para la determinación de la pena o de la medida de seguridad, no sólo ha de tenerse en cuenta el hecho realizado sino también la personalidad del agente si han de adaptarse a ésta, si han de individualizarse, deberán seguir sus evoluciones, durar mientras lo exija el fin propuesto y cesar cuando éste lo aconseje.

El delincuente dejará de estar sometido a la pena o a las medidas reformadoras o aseverativas, cuando se halle reformado o su peligrosidad se haya extinguido o atenuado en grado impórtante.

La idea de individualización penal en el sentido de adecuación de la pena a la personalidad del delincuente, sólo es aplicable al tratamiento encaminado a su reeducación o como medio de protección social contra individuos inadaptables, en cuyo caso deberá adaptarse a la peligrosidad de estos.

Al terminar los diversos momentos de la individualización surge en primer lugar el momento legislativo.

El legislador, al establecer las diversas clases de penas, no puede realizar una individualización efectiva aunque puede favorecerla mediante la estimación del grado de culpabilidad del delincuente, permitiendo o facilitando la

valoración de los móviles del delito y tomando en cuenta otros hechos y circunstancias que en él radican, cuyo conocimiento puede contribuir a revelar la personalidad del agente, asimismo estableciendo, al menos para determinadas infracciones, diversas clases de penas, señaladas alternativamente para ser impuestas al arbitrio del juzgador que al escoger entre las penas aplicables podrá imponer la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto y realizar de este modo, una labor individualizadora.

Cuando al fijar la duración de la pena se trata como lo es más frecuente de penas privativas de libertad, es factible al legislador favorecer la función individualizadora, fijando un amplio espacio entre el máximo y el mínimo de la pena, lo que permite al juzgador mayor libertad para adaptarla en su cuantía a las circunstancias personales del delincuente.

"La clasificación de los condenados a pena de privación de libertad es una de las características modernas de su ejercicio y representa uno de los mayores progresos de la moderna penología. Esto significa no solamente la distribución de los penados en los establecimientos en grupos análogos en características, sino además el examen y estudio de su personalidad para su tratamiento y reeducación y el adecuado para la individualización del tratamiento dentro de cada grupo."(45)

(45) *Ibidem.* p. 130

La cárcel es, al fin de cuentas, el mayor poder que el Estado ejerce en la práctica, de modo regular, sobre sus ciudadanos: por más que el anacronismo de la pena capital subsista en algunos lugares como un retorno, raras veces invocada a la barbarie.

B) Formas extintivas de la prisión como pena y como medida cautelar

En nuestro Derecho positivo, existen diversas formas de obtener la libertad provisional, esto es, durante el procedimiento penal mientras no se ha comprobado la completa responsabilidad del inculpado.

La libertad provisional por mandato forma entre los derechos fundamentales del imputado, al amparo de la fracción I del artículo 20 Constitucional.

La libertad provisional, puede definirse como aquella situación personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, expreso o presunto, al cumplimiento de una determinada conducta personal. Si esta condición consiste en que deberá comparecer al llamamiento judicial de modo regular y continuo cuantas veces fuera llamado en los plazos que se le impusieren. Tiene por finalidad asegurar la comparecencia del mismo a responder de los cargos que se le hicieron y en último término al

cumplimiento de la sanción a que se hubiere hecho acreedor, y su carácter es marcadamente procesal; la segunda se distingue de la primera en que se impone a un reo cierto que se halle cumpliendo ya condena superior a un año de privación de libertad, que legalmente merezca dicho beneficio y ofrezca garantías de hacer una vida honrada en libertad, artículo 98 del Código Penal.

Visto de otra manera, mientras que la detención preventiva se origina en la necesidad de garantizar los fines punitivos del Estado, la libertad provisional obedece a la de garantizar la libertad individual.

Bajo el rubro de libertad provisional nos referimos a las tres formas de libertad que se plantean en la escuela del procedimiento penal, sea durante el periodo administrativo que precede al proceso en riguroso sentido, sea en el curso del proceso mismo; libertad bajo caución, libertad bajo protesta y libertad previa, esta última es reciente en nuestro Derecho punitivo.

Una nueva forma de libertad cautelar, caucionada (libertad previa), fue introducida por la reforma de 1971 al Código Distrital de Procedimientos Penales. Esta distinta liberación ofrece la singularidad de que su otorgamiento compete al Ministerio Público esto es, se otorga en fase de averiguación previa, al tenor del artículo 271 adicionado. Se

ha tratado aquí de aportar, desde cierta vertiente, los problemas que causa la moderna extendida delincuencia culposa con motivo del tránsito de vehículos. No hay en la especie, como bien se advierte una criminalidad peligrosa que amerite sanciones severas y regímenes cautelares rigurosos. Se ha puesto en manos del Ministerio Público la liberación de referencia, siempre que el infractor otorgue garantía y cuando, además, no hubiese mediado abandono del o de los lesionados.

La prisión preventiva tiene por objeto evitar una posible evasión de la justicia y en tanto que ello puede lograrse recurriendo a otros medios que no perjudiquen la libertad, se les deben dar cabida. Es éste el fundamento del instituto de libertad bajo caución, el cual, en términos sumamente generales, se puede definir como el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante en cualquier tiempo, siempre y cuando no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

La libertad caucional puede solicitarse en cualquier momento procedimental. Esto quiere decir que podrá hacerse en primera o segunda instancia, y aun después de haberse pronunciado sentencia por el tribunal de apelación, cuando sea solicitado amparo directo.

De los términos del artículo 20, fracción I Constitucional se sigue que la liberación del inculcado debe ser inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirlo el juez, cosa que supone, simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual se plantea con el auto de radicación de inicio o cabeza del proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros códigos, que proponen la caucional hasta el momento en que el inculcado ha rendido su declaración preparatoria (artículo 290 fracción II Código del Distrito Federal y 154 Código Federal), manteniendo así la solución que en su hora acogió el artículo 263 del Código del Distrito Federal de 1880, que hoy día no tiene razón de ser. La solicitud de libertad provisional bajo caución en cualquiera de sus modalidades (hipoteca, prenda, depósito fianza) puede solicitarse con eficacia en cualquier fase del proceso: 1a. o 2a. instancia; en ésta tiene caso cuando el fallo del inferior puso una pena que no excede de 5 años, a pesar de que la penalidad abstracta correspondiente al delito que pudiera tener una medida aritmética superior a dicho tiempo.

Como anteriormente se manifestó, la libertad provisional procede cuando no exceda de 5 años el término medio aritmético de la pena aplicable al delito de que se trate. Hay, pues, un fundamento objetivo, matemático, para la

liberación del reo; se descarta el hecho subjetivo, la peligrosidad del infractor.

Libertad

De uso muy restringido es el incidente de libertad protestatoria en el Derecho mexicano. Tiene lugar sin exigir al beneficiario ninguna garantía pecuniaria; se funda en la palabra de honor que otorga el presunto responsable; en la protesta que hace ante la autoridad judicial a quien corresponde su concesión, y puede otorgarse simple o sujeta a condiciones.

En los delitos que tienen sanción corporal corta y en que los presuntos responsables tienen buenos antecedentes de conducta, trabajo y arraigo, la doctrina considera que no deben sugerir la prisión preventiva que establece el artículo 18 Constitucional. Debe otorgarse esta libertad a los delincuentes primarios, de escasa peligrosidad, para evitar los efectos corruptores de la prisión, la cual los desmoraliza y pierde en lugar de corregirlos. La libertad bajo protesta, se basa en la mínima responsabilidad de una persona a quien se imputa un delito y el respeto a la libertad del hombre, que sólo por una necesidad social se le permite que se le restrinja la libertad, cuando todavía no se ha probado plenamente la existencia del delito y la responsabilidad.

Son estas condiciones que han de darse para que proceda la libertad protestatoria: que se trate como ya se ha dicho, de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años; que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso y que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos; que a juicio de la autoridad judicial competente no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; que sea ésta la primera vez que delinque el reo, que él mismo proteste presentarse ante el juzgador respectivo cada vez que se le ordene y que el propio imputado tenga medio honesto de vivir.

Libertad por Falta de Méritos

En nuestro Derecho positivo, cuando al vencerse el término Constitucional de setenta y dos horas no están comprobados el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez, en acatamiento del artículo 19 Constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido como el nombre de auto de libertad por falta de méritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción, y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, nueva orden de aprehensión y nueva reproducción de todo el procedimiento.

"Cuando no se pueden comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, no existen, como claramente dice el Código Federal, elementos para procesar y, por tanto, se debe decretar libertad (artículos 302 del Código del Distrito y 167 del Código Federal). La resolución en estudio lo único que determina es que hasta las setenta y dos horas no hay elementos para procesar, más no resuelve, en definitiva, sobre la inexistencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto, la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculcado. Es este el sentido que guarda la frase ya consagrada: "Con las reservas de la ley". Dicho auto es la resolución dictada por el juez al vencerse el término Constitucional de setenta y dos horas y por medio del cual se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo de delito ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo; aquí no se trata de una libertad absoluta, porque el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que se practiquen y que pueden motivar una nueva orden de aprehensión. El auto de soltura limita la libertad del inculcado, que no puede ser detenido nuevamente. Sirviendo de base los mismos datos que tuvo el juez para decretar su libertad por falta de mérito."(46)

(46) MEZGER, Edmundo. Derecho penal. 6a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1995. p. 139

El auto de libertad señalado, no tiene los efectos de una sentencia definitiva ni equivale a una prohibición contenida en el artículo 22 de la Constitución, tampoco constituye un auto de sobreseimiento.

Libertad por Desvanecimiento de Datos

Al lado de otras formas de liberación que nuestra ley establece, figura la libertad por desvanecimiento de datos, de la que nos interesa, sobre todo, sus fundamentos: el desvanecimiento o la acreditación contraria a los hechos que determinaron el procedimiento (formal prisión); y su trascendencia: libertad definitiva en unos casos; precaria o revocable en otros. El desvanecimiento se substancia por la vía incidental.

a) Condiciones:

El incidente por desvanecimiento de datos tiene por objeto dejar sin efecto el auto de formal prisión o el de sujeción o proceso. Para ello es necesario que, con posterioridad a los mismos se desvirtúen como pruebas indubitables, aquellos hechos que sirvieron de base para comprobar el cuerpo del delito, y la presunta responsabilidad del acusado. Se trata de una libertad, como ya lo expresamos, tramitada en incidente, que niega o destruye los efectos del auto de formal prisión. Procede en cualquier estado del

proceso, al amparo del artículo 548 del Código Distrito Federal, o bien bajo el artículo 433 Código Federal, sólo durante la instrucción.

b) Efectos:

Como la declaración de que los datos están desvanecidos tiene un carácter transitorio, porque no es obstáculo para que pueda decretarse nuevamente la detención de la persona, la ley reconoce a dicha declaración el mismo alcance que tiene el mandamiento de libertad por falta de méritos: no es, en consecuencia, una libertad absoluta; el Ministerio Público tiene expeditos sus derechos para pedir nuevamente la aprehensión del inculpaado y el tribunal goza de la misma facultad para dictar nuevo auto de formal prisión, siempre que las pruebas posteriores que le sirvan de fundamento no varíen los hechos que han sido la base de la inculpaación.

Por lo mismo que estos incidentes sólo se refieren a una situación procesal, por lo mismo que sólo resuelven la continuación o cesación de una medida preventiva transitoria y provisional es claro que sus resultados tienen que ser también provisionales, transitorios y modificables y aún favoreciendo con ellos, el reo no queda por eso absuelto ni exento de ser reaprehendido por nuevos datos en la misma causa, ya que aún no se le ha juzgado ni declarado

definitivamente inocente o inculpada para tener derecho a la garantía de seguridad que produce la decisión de fondo.

Aunada a las anteriores formas, también es procedente la libertad absoluta, por operar un elemento negativo del delito o alguna forma de exclusión de responsabilidad penal, la cual será dictada en el mismo término de las setenta y dos horas, por el C. juez y tendrá fuerza de libertad absoluta.

Perdón:

El perdón, que consiste en la contrapartida procesal de la excluyente sustantiva del consentimiento, y enlaza, a su vez, con el requisito de procedibilidad de la querrela, es una causa de extinción de la pretensión punitiva, no de la acción.

Se suele hablar de perdón del ofendido. En rigor, no es siempre éste, ni tampoco la víctima del ilícito, quien está calificada para perdonar eficazmente, o al menos no sólo él lo está. De ahí que, con un criterio estrictamente formal, único aplicable al caso, resulte preferible hablar de perdón del legitimado, es decir, de la persona facultada por la ley para otorgarlo; el ofendido o su representante legítimo.

Si bien es cierto que al Ministerio Público compete de modo exclusivo el ejercicio de la acción penal y es el único

que puede desistirse de ella, también lo es cuando se trata de los delitos privados, ese ejercicio queda subordinado a la existencia de la querrela del ofendido, y si no existe, el Ministerio Público no puede ejercer ninguna acción penal y por lo tanto, una vez comprobado el perdón del ofendido, ya no hay motivo alguno para que se siga el proceso hasta pronunciar sentencia.

Sobreseimiento. De un modo general se considera como sobreseimiento la cesación del procedimiento y de un modo más estricto la terminación definitiva del mismo por medio de una resolución, distinta de la sentencia; la resolución que decreta el sobreseimiento de un procedimiento judicial es un auto; en México donde no existe el sobreseimiento provisional, sino sólo el definitivo, el fenómeno que ahora ocupa consiste en una resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, que pone término a la instancia con absolución del inculpado. Sus efectos por lo demás, son los mismos de la sentencia absolutoria definitiva.

Libertad absoluta

La autoridad judicial puede disponer la libertad absoluta del sujeto que se encuentra en prisión preventiva una vez que haya seguido la secuela del juicio en todos sus cauces y que se haya comprobado la completa falta de responsabilidad del procesado, lo cual se determinará en

sentencia absolutoria, quedando así el reo en libertad absoluta.

Al lado de las formas extintivas de la acción penal encontramos las maneras de extinguir la ejecución de las sanciones privativas de libertad impuestas a los infractores.

Formas

Cumplimiento de la pena. Si la persona señalada como responsable de un ilícito fue sentenciada a cumplir determinada penalidad, y ésta fue cubierta, evidentemente, el cumplimiento constituye una causa que extingue la sanción.

Muerte del delincuente. Tanto la pena como la acción se extinguen por muerte del infractor.

Amnistía. Extingue tanto la acción penal como las sanciones impuestas (excepto la reparación del daño). Amnistía significa olvido del delito, mediante ella se dan los hechos por no realizados; por lo mismo no se conserva el registro de los antecedentes del beneficiario con dicha institución.

Indulto. El indulto sólo produce la extinción de la pena. Suele distinguirse el indulto gracioso del necesario. El primero es potestativo para el Ejecutivo; el segundo se concede cuando se concluye que no fue cometido el delito o no

lo cometi6 el sentenciado, o al dictarse una nueva ley que suprima el hecho realizado, el car6cter de delito. El indulto no entraña el perd6n de la reparaci6n del da1o, salvo cuando su concesi6n se deba a la inocencia del favorecido. El indulto no borra el delito como la amnistia hace desaparecer la criminalidad del hecho, el indulto no; en sustancia obra como si la pena se hubiere cumplido."(47)

Prescripci6n. Es un medio extintivo, tanto de la pena como de la acci6n penal. Opera por el s6lo transcurso del tiempo.

C) El prevalecimiento del orden jur6dico

Reconoci6ndose que las penas, entendidas conforme a la concepci6n cl6sica, no bastan por s6 solas eficazmente para luchar contra el delincuente y asegurar la defensa social, a su lado van siendo colocadas las medidas de seguridad que las complementan y acompa1an mediante un sistema intermedio. D6jase as6 para las penas, la aflicci6n consecuente al delito y aplicable s6lo a los delincuentes normales; para las medidas de seguridad la prevenci6n consecuente a los estados peligrosos, aplicable a los delincuentes anormales o a los normales se1aladamente peligrosos. La pena es compensaci6n y por ello represi6n y se halla destinada al fin de la

(47) MARCO DEL PONT, Luis. Penolog6a y Sistemas Carcelarios. 6a. edici6n. Porr6a, M6xico. 1995. p. 389

compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad; en consecuencia éstas se encuentran fuera del campo penal y corresponden a la autoridad administrativa. Pero se objeta, por el contrario: pena y medida de seguridad son análogas e imposibles de separar, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente; sólo cabe su diferenciación práctica, no la teórica; en consecuencia una y otra corresponden a la esfera penal. Las penas atienden a la prevención general, las medidas de seguridad a la prevención especial; aquéllas a los sujetos normales y éstas a los anormales. Por último: penas y medidas de seguridad son idénticas. El Estado provee a una doble tutela: represiva y preventiva; a la primera corresponden las penas, que tienen un fin de retribución; a la segunda las medidas de seguridad, que tienen un fin de retribución; nace de aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas: (penas) y preventivas (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse estas últimas tanto a los irresponsables como a los responsables después de expiada la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del derecho penal. Al fijar las diferencias entre pena y medida de seguridad, precisa Mezger "que la pena supone un delito determinado y constituye la reacción contra un acto cometido; es una justa punición o retribución, pero no entendida ni como venganza ni como retribución moral; la

medida de seguridad también supone una acción delictiva, pero mira solamente a la prevención de los delitos futuros y puede no corresponder precisamente a esa acción delictiva pues sólo mira a asegurar la conducta futura; las medidas de seguridad tratan de impedir la realización de delitos en el futuro y miran a la prevención especial, mientras que las penas a la general, social, psicológica e individual; el fin primero de la pena es proteger a la comunidad amenazada como un todo ordenado en función del concepto de justicia, en lo que concierne a la relación entre el acto y la reacción pública que provoca; su fin es ante todo y esencialmente de orden público."(48)

Esta es la posición adoptada por la Escuela Positiva, que ve en la medida de seguridad el complemento necesario de la pena. Prevención y represión, por el premio o por la pena, son polos de un mismo eje, nexo de la acción penal social; castigar el daño actual es prevenirse contra el peligro futuro. Así, por último, se emplea una sola palabra para contener las nociones de la pena y la medida de seguridad: la palabra sanción. Por nuestra parte advertimos que penas y medidas de seguridad tienen naturaleza bien diferenciada; a la idea de la pena corresponde siempre la de dolor, expiación, intimidación; nada de esto hay en la idea de la medida de seguridad. Y si es verdad, también, que la pena evoluciona en el derecho moderno hacia la medida de

(48) MEZGER, Edmundo. Op. cit. p. 283

seguridad, tal evolución no es obra legislativa sino social y cultural. "Con criterio pragmático atento a nuestra realidad positiva, el legislador penal de 1931 admitió que el medio fundamental con que hasta hoy contamos en la lucha contra el delito es la pena, tal como se vive en nuestras instituciones de reclusión (cárceles, penitenciarías) y tal como la entienden los tribunales jurisdiccionales: como ejemplaridad y como expiación; esto muy a pesar de lo que la doctrina aconseja, pues la sustitución de la pena por la medida de seguridad es obra, no legislativa, sino de transformación social; y reformas que corresponden a campos diversos del penal serán las que traigan como consecuencia la disminución de la delincuencia y la atenuación de sus efectos, por lo menos."(49)

Abundando en estas mismas ideas queremos, por ello, agregar que la Defensa Social exige, ciertamente, muy complejas medidas, tanto políticas como sociales, las que no está en posibilidad de recoger la sola ley penal sino que más bien corresponden a la sociedad toda y a la administración del Estado. Pertenece a la actividad administrativa todo lo que es la prevención del delito ampliamente entendida, esto es, tanto la que atiende a las fuentes de producción del mismo como a la reeducación y readaptación del delincuente mientras cumple su condena o después de cumplirla; y algunos

(49) ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. La prisión preventiva. 2a edición. Trillas. México. 1994. p. 271

de estos mismos problemas son fecundo campo de la actividad social ampliamente desarrollada. Pedir a un solo documento legislativo, a un solo capítulo de la política criminal, como lo es el Código Penal, que resuelva en sí mismo tan complejos e ingentes problemas, es en nuestro medio y en cualquiera otro, insensato y acreditado de supina ignorancia. Por el contrario, cuando, el Estado en vez de dedicar preferentemente su actividad al perfeccionamiento de los demás resortes de la política criminal, tales como la total reorganización penitenciaria, la de la policía preventiva sobre bases de honestidad y eficacia, la especialización criminológica de los funcionarios penales, la lucha contra el alcoholismo y la prostitución, la organización y funcionamiento de los patronatos de menores y de reos liberados; y lo que tanto importa, la reforma económico-social del medio mexicano sobre bases de una mayor justicia; cuando en vez de todo esto el Estado gasta su autoridad y sus recursos en planear constantemente reformas de detalle a los códigos penales, puede decirse que procede deslealmente para con la sociedad a la que debe servir y su actividad debe calificarse de profundamente perturbadora, antes que de útil.

Las complejas medidas que exige la Defensa Social, tanto políticas como sociales, y que no está en posibilidad de recoger la sola ley penal, ocupan hoy la atención de la sociedad toda y de la administración del Estado. En efecto, se han dado los primeros pasos, muy importantes, para la

total reorganización penitenciaria, la que arranca de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, de febrero 4, 1971. Ley ésta, importantísima, que recoge íntegro el espíritu del artículo 19 constitucional: "El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente" (artículo 2 de la Ley de normas mínimas) Por lo que toca a la total reorganización de la policía preventiva, a la especialización criminológica de los funcionarios penales (no sólo a la de los Agentes de la Policía Judicial y a la de los Agentes del Ministerio Público), a la lucha contra el alcoholismo y la prostitución, etc.; es de esperarse que con el advenimiento de la ley de febrero 4, 1971, el Estado preste cada día mayor atención a tan vitales capítulos de la política criminal. La experiencia política que hoy vivimos es alentadora: el gobierno se empeña en la reforma económico-social del medio mexicano sobre bases de una mayor justicia; lo que quiere decir que se corregirán los defectos, es de esperarse, propicios para el auge de la delincuencia.

De lo antes expuesto, se desprende y se colige que la pena como prevención general debe guardar en todo momento el prevailecimiento del orden jurídico que protejan al delincuente y a la víctima en sus principales garantías individuales.

**D) La intimidación como fundamento hipotético de
prevención general negativa**

Por su fin preponderante, las penas se clasifican en intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se aplique a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

"Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carranca y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital); corporales (azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.)." (50)

El artículo 24 del Código Penal establece: "Las penas y medidas de seguridad son: 1. Prisión. 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4. Confinamiento. 5. Prohibición de ir a lugar determinado. 6. Sanción pecuniaria.

(50) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano. Op. cit. p. 502

7. (derogado) 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. 9. Amonestación. 10. Apercibimiento. 11. Caucción de no ofender. 12. Suspensión o privación de derechos. 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14. Publicación especial de sentencia. 15. Vigilancia de la autoridad. 16. Suspensión o disolución de sociedades. 17. Medidas tutelares para menores. 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. Y las demás que fije las leyes.

De entre las penas señaladas, merece especial reflexión, además de la de muerte a la cual dedicamos un apartado, una especie del género sanción pecuniaria, a saber: la reparación del daño. El artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

Según el artículo 34, la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente "tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales. Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales. Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener

ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente." Este dispositivo permite apreciar que la reparación del daño unas veces es pena y otras pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio. En realidad, por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 91 del Código represivo. Si admitiéramos como pena pública tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución. Urge, pues, retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Todo lo que existe y conocemos, tiene antecedentes, tiene historia y puedo asegurar que en cuanto a las cárceles o sanciones aparecieron con el hombre y el delito mismos.

SEGUNDA: Desde los tiempos más remotos la pena, en el aspecto jurídico se aplicaba como el castigo impuesto al infractor, independientemente de las personas, autoridades u órganos que estuviesen facultados para imponerla y ejecutarla.

TERCERA: En cada una de las etapas o ideas penales la pena surgió por diferentes razones: en la venganza privada debido al impulso de defensa o venganza por un ataque injusto y por carecer de las autoridades o instituciones que la impusieran; en la venganza divina se consideraba al delito como una consecuencia del descontento de los dioses, por lo que se juzgaba en nombre de la divinidad ofendida, y la pena era una forma de colmar la ira de esa divinidad.

En la venganza pública para salvaguardar los intereses del Estado y la colectividad: en el

periodo humanitario aparece como una concientización de su aplicación y en la llamada etapa científica su evolución radica en el aspecto subjetivo del delincuente.

CUARTA: Partiendo de las grandes divisiones del Derecho, en público y privado, debemos señalar que el Derecho Penitenciario se encuentra en el primero por razones de interés social y porque regula relaciones de los internos con el Estado, ya sea a través de las instituciones administrativas o judiciales de ejecución penal.

En segundo lugar, se trata de un derecho autónomo, por cuando no depende de ningún otro, como suele ocurrir con el Derecho Penal o Procesal Penal. Tiene autonomía científica por el desarrollo que los estudiosos de la materia han brindado, porque ha adquirido una importancia por su naturaleza especial y por sus objetivos y fines distintos; además tiende a agrupar normas penitenciarias en cuerpos legales separados del resto de las ciencias penales.

Asimismo, dicho derecho tiene autonomía legislativa, debido a que tiene su fundamento en el artículo 18 de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos y en la Ley de normas mínimas para la readaptación de sentenciados.

QUINTA: La pena en mi particular punto de vista es el castigo impuesto por el Estado al infractor de la norma jurídica con el fin de la conservación del orden social.

SEXTA: Hoy en día la pena privativa de libertad tiene como fines primordiales la readaptación o resocialización del delincuente y la conservación del orden social.

SEPTIMA La realidad penitenciaria no únicamente de México, sino del mundo, gravita en un verdadero problema de sobrepoblación, no siendo el único, pero si uno de los más trascendentales, lo que trae como consecuencia insalubridad, prostitución, enfermedades, robos, homicidios, corrupción, maltrato, explotación y todos los demás fenómenos internos que en un penal pueden darse.

OCTAVA: Es urgente que se acondicionen y reestructuren las cárceles en nuestro país para beneficio propio y sobretodo de los internos ya que muchos centros carcelarios en la actualidad, aparte de insalubres

son inseguros y en nada contribuyen a la readaptación social del sentenciado y que sólo se logrará modificando la Ley actual de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, ya que es el único ordenamiento legal que a la fecha se avoca a la ejecución de las penas.

NOVENA: El Derecho Penitenciario ofrece interés no sólo al jurista sino también al psicólogo, al arquitecto, al trabajador social, al médico, al criminólogo y al docente que tienen un ámbito de trabajo específico en la prisión y en el tratamiento a conductas desviadas. Pero no sólo a ellos interesa el conocimiento de esta problemática, que como pocas tiene una dimensión tan amplia, sino también a los integrantes del poder judicial, al investigador social, al gobernante y político, al filósofo, sociólogo, antropólogo, al periodista y a todos aquellos que de una forma u otra están relacionados o sumergidos en las cuestiones no resueltas y vivas en nuestro tiempo. Por eso no hemos querido hacer una obra rígidamente técnica, sino que pretendemos asomar en el horizonte de nuestra sociedad en crisis donde la prisión es un medio coactivo y no de readaptación.

DECIMA: Debo señalar esto y expresarlo muy enfáticamente porque podremos hacer muy poco si nos limitamos a la problemática penitenciaria y no sabemos cuales son sus fallas sociales y económicas. La clave no está dada por la represión o la custodia de los penados sino por la prevención y la reeducación, y éstas tienen raíces muy profundas y complejas que escapan a una sola institución. El problema es estructural y nosotros apenas somos una pieza, tal vez de las menos importantes, de una maquinaria mayor. Sin embargo, nuestro quehacer y preocupación están íntimamente ligados al hombre, al hombre más marginado, más olvidado y por ello más necesitado de apoyo.

DECIMA

PRIMERA Las cárceles, hasta ahora, son el depósito de los delincuentes, en una sociedad y por eso nos preocupa su posibilidad de cambio. Pero no sólo por ello, sino también por que en nuestra experiencia hemos visto cómo esa maquinaria infernal de la cárcel los tortura, los deforma, los corrompe y los minimiza a pesar de que las leyes alientan propósitos altruistas de readaptación social.

DECIMA

SEGUNDA

Estoy convencida de que los centros de readaptación social del país en general y personal que lo dirige y vigila, deben reestructurarse a fondo para que los presos logren una mejor readaptación social y en su momento puedan integrarse de manera fácil a la sociedad. Finalmente quiero señalar que para descorrer el telón de lo que conocemos y comparar el abismo existente entre la norma y la realidad, para que nos conozcamos un poco más los que tenemos las mismas inquietudes, para que los jóvenes estudiantes se motiven y cuestionen. Para que no sufran más los que padecen la prisión, hemos escrito la presente Tesis. Ojalá algunos de estos objetivos se cumplan.

La presente obra tiene un contenido más didáctico porque inconscientemente la labor diaria de la enseñanza me ha obligado a sistematizar y a orientar los conocimientos en forma metódica. Fruto de todo ello es la primera parte de ese trabajo donde ubico el Derecho penitenciario dentro de la constelación de ciencias que tienen íntima relación. Sin embargo mi pretensión excede esos marcos académicos para tratar de cubrir lo más generosamente posible toda la gama de

problemas ligados a la prisión, desde la literatura hasta las modernas investigaciones sociológicas. Propósito tan ambicioso es harto difícil de cumplir, pero el lector podrá observar que por lo menos el intento ha sido materializado.

BIBLIOGRAFIA

- AGUERO AGUIRE, Saturnino. La Procuración de Justicia. Retos y Perspectivas. 3a. edición. Trillas. México. 1994.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. 3a. edición. Harla. México. 1995.
- BARBOSA DIAZ, Carlos. El Problema de la Libertad. Sus conexiones con el Derecho Penal. 8a. edición. Aguilar. México. 1991.
- BELTRAN RODAS, J. Angel. La Conducta Social. 5a. edición. Herrero. México. 1993.
- BENITES TREVIÑO, Humberto. Filosofía y Praxis de la Procuración de Justicia. 6a. edición. Porrúa. México. 1995
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Cárcel y Penas en México. 10 edición. Porrúa. México. 1995
- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario. 10a edición. Porrúa. México. 1995.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 4a. edición. Porrúa. México. 1990.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 10a. edición. Porrúa. México. 1995.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales. 2a. edición. Porrúa. México. 1990.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Colonias Penales e Instituciones abiertas: hacia una Reforma en el proceso de ejecución. 4a. edición. Porrúa. México. 1995.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10 edición. Porrúa. México. 1995.

HENTIG VON, Hans. La Pena. Las formas modernas de su aparición. 10. edición. Espasa-Calpe. Madrid. 1990.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. La Prisión Preventiva. 2a. edición. Trillas. México. 1994.

LARIOS VALENCIA, Roberto. Penitenciario. 6a. edición. Herrero. México. 1993.

MARCO DEL PONT, Luis . Penalología y Sistemas Carcelarios. 6a. edición. Porrúa. México. 1995.

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. 6a. edición. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

ORTIZ, Serafin. Los fines de la Pena. 4a. edición. Trillas. México. 1995.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 12a. edición. Porrúa. México. 1995.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis penitenciaria y los Sustitutivos de la prisión. 10a. edición. Porrúa. México. 1995.

SANCHEZ GALINDO, Antonio. Aspectos prácticos del Penitenciario Moderno. 8a. edición. Secretaría de Gobernación. México. 1976.

SANDOVAL CALDERON, Oscar. Sustitutivos de la Pena de Prisión. 7a. edición. Porrúa. México. 1995.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 10a. edición. Porrúa. México. 1995.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2a. edición. Congreso de la Unión. México. 1996.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 3a. edición. SISTA. México. 1996.