

00709^{1es}



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho
División de Estudios de Posgrado

LOS SUSTITUTIVOS PENALES

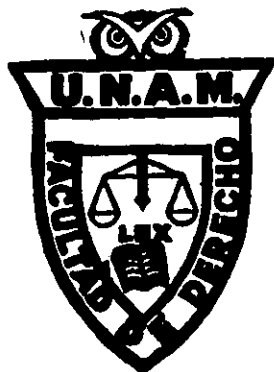
TESIS

que para optar el grado de especialista en

DERECHO PENAL

presenta

NAZARIA CONCEPCION VALENCIA LABASTIDA



Asesor:

Dr. Carlos Juan Manuel Daza Gómez

México, D. F., 14 de Diciembre de 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

275487



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis hijos:

VICTOR Y OMAR

**Ustedes me enseñaron que
Existe la pureza más allá de
Lo que quieren ocultar, vuestra
Presencia, no es más que la
Belleza que dejamos acabar.**

A MIS AMIGOS:

**Vivir la vida a tu manera
Alcanzar las metas que te
Haz fijado, ser la persona que
Quieres ser eso es éxito.**

**Con sincero afecto al LIC. ROGELIO TOLEDO LOPEZ:
por el apoyo que me brindó para culminar este trabajo,
por el privilegio de conocerle y compartir tareas en la
procuración de justicia.**

**Cuenta
Cuenta tu jardín
Por las flores,
No por las hojas caídas
Cuenta tus días por las horas
Doradas, no por la penas habidas
Cuenta tus noches
Por estrellas, no por sombras.
Cuenta tu vida por sonrisa,
No por lágrimas.
Y para tu gozo
En tu cumpleaños cuenta tu
Edad por amigos, no por años**

**Todo hombre debe decidir una vez en la vida
Si se lanza a triunfar arriesgándolo todo
O se sienta a mirar el paso de los triunfadores**

INDICE

PRESENTACION.

INTRODUCCION.

pág.

CAPITULO I

El procedimiento penal en el Distrito Federal.

1.1 Concepto.	1
1.2 Averiguación Previa.	5
1.3 Obstáculos Procesales.	7
1.4 Proceso.	16
1.5 Conclusiones.	23
1.6 Sentencia.	24

CAPITULO II

La pena.

2.1 Marco histórico.	28
2.2 Pena, punibilidad y punición.	35
2.3 Marco normativo de la pena de prisión.	37
2.4 Clasificación.	42

CAPITULO III

Sustitutivos de la pena de prisión.

3.1 Marco de referencia.	46
3.2 Tipos de sustitutivos.	52.
3.3 Derecho comparado.	54
3.4 Comentarios sobre los sustitutivos de la pena de prisión. . .	68

CONCLUSIONES.

PROPUESTAS.

BIBLIOGRAFIA.

PRESENTACION

La investigación que se realiza en el presente trabajo obedece al desconocimiento general que sobre el tema existe y a la inquietud que nació en mi, concretamente en la cátedra de Derecho Penitenciario de la División de Estudios de Posgrado, de la cual es titular la Dra. Emma Mendoza, quien supo despertar en sus discípulos la inquietud de profundizar en esta materia; supo además, sembrar la motivación para criticar un estado determinado de cosas y circunstancias, y también a proponer soluciones para remediar el deteriorado sistema penitenciario mexicano, lo cual merece reconocimiento.

Con anterioridad tuve la fortuna de conocer algunos establecimientos penitenciarios de los Estados de la República y logré tener una idea más amplia de las prisiones y de las condiciones desastrosas que imperan en las mismas, donde prácticamente los reos viven en el olvido y el abandono. También descubrimos que existen en mayor medida deficiencias dentro del sistema penitenciario en las provincias, entre ellas; las enormes fallas en la atención de enfermos mentales, el hacinamiento, el maltrato, la falta de clasificación de los reclusos, falta de instalaciones adecuadas para la readaptación por medio del trabajo y la capacitación para el mismo, ausencia de servicio médico,

carencia de áreas de visita íntima, falta de personal técnico necesario, escasez de material pedagógico y de personal docente y, lo peor de todo, irregularidades dentro de los expedientes administrativos referentes a la situación jurídica que guardan los internos, dado que se encuentran incompletos (les faltan copias de la sentencia definitiva así como los estudios criminológicos), que provocan que no exista la aplicación oportuna de los beneficios a los condenados, entre ellos, la condena condicional, la sustitución de la pena de prisión, la libertad preparatoria y la preliberación. Esta situación se observó principalmente en el penal de Matamoros Tamaulipas, donde los reos viven en condiciones denigrantes, sus instalaciones son desastrosas, los techos tenían filtraciones de agua, un baño es ocupado por cada cuarenta internos, el lavado de ropa lo llevaban a cabo en una superficie de cemento y de rodillas, el drenaje es insuficiente y se inundaba el penal en época de lluvias, los transformadores eran inadecuados para el suministro de energía eléctrica, lo que causaba bastantes molestias y conflictos en los momentos en que se carecía de la energía eléctrica.

Lo que más pena causaba eran los momentos en que se servían los alimentos (rancho) en donde pude observar que numerosos internos lo recibían en cacharros o latas y en algunos casos sobre las mismas tortillas de su comida, lo que daba un aspecto de extrema pobreza en esos marginados y desprotegidos internos, originando consecuencias de enorme impacto social y moral, (desobediencia, amotinamiento, delincuencia intra-prenitenciaria, etc.) puesto que llega el momento en que el ser

humano llega al umbral de su paciencia y, al no poder aguantar más estas condiciones infra-humanas, actúa más como un ser salvaje que como un ser civilizado.

En el caso del penal de Matamoros, Tamps., concretamente la población la formaban 900 internos con procesos y sentencias del orden federal; 600 eran procesados y 300 sentenciados. 400 internos con procesos del fuero común de los cuales 277 respondían a procesos y 133 ya habían sido sentenciados. Del total de la población 83 eran mujeres. No existía separación técnica o clasificación alguna de los reos en cuanto a personalidad, tipo de delito y, además, estaban juntos inimputables e imputables, o enfermos de tuberculosis, de sida, procesados, sentenciados, menores de edad, hombres mujeres, niños, etc.

En el penal operaba un gobierno interno y de hecho, bien arraigado, formado por un capataz general y catorce coordinadores que subsistían de la extorsión hacia sus compañeros y para ello tenían atemorizada a la población.

Quiero dejar claro que antes de visitar el penal de Matamoros, Tamps., tenía una idea diferente acerca de los reos, los creía unas personas indeseables que sólo causaban daño a la sociedad, que era innecesaria su readaptación social por el razonamiento formalista de que era imposible readaptar a alguien que nunca había estado adaptado al grupo social en el cual se encontraba inmerso.

La readaptación social del delincuente es un concepto que parece sencillo, pero se requiere de un enorme esfuerzo, voluntad y trabajo, para lograr el objetivo primordial de la pena de prisión, que nominalmente es el de lograr la readaptación del individuo que ha cometido un crimen y que ha tenido la mala suerte de ser castigado por ello,

Mucho se ha hablado de las prisiones, pero poco se ha hecho por ella, prácticamente se encuentra en el olvido, generalmente se habla de todo lo incorrecto y malo que existe en torno a ellas, y pocas veces se destaca la actividad positiva que pudiera desempeñarse o se desempeña en algunas prisiones.

Es por todos sabido que las prisiones son conocidas como las Universidades del Crimen, porque son el lugar de encuentro de delincuentes, en ellas aprenden o perfeccionan lo que se podría denominar las diversas especialidades de la delincuencia, y que cuando salen de la prisión ya han perfeccionado sus técnicas delictivas y adquirido otras que antes desconocían. Por ello, se estima que la prisión sólo debería aplicarse cuando se han intentado todo tipo de mecanismos y medidas alternas, pero no se ha logrado alcanzar este objetivo deseado, con la efecto de que sólo perjudica a los hombres y los hace peores seres.

Aunado a lo anterior también existe la falta de una Ley de ejecución de penas que regule o establezca cuales son los

requisitos que deberán de cumplir las personas que se encargan de la readaptación social, y por ello acarrea que se confíe la ejecución de las penas a personas no aptas profesional y técnicamente para este tipo de labores: tales personas no tienen la instrucción adecuada y las aptitudes físicas, mentales y sociales indispensables para cumplir con este cometido. Quienes se encargan de esta tarea generalmente carecen de la más elemental preparación, desaprovechándose de esta forma la etapa de la privación de la libertad ya que no se aplica ningún tipo de tratamiento médico, psicológico, social, ocupacional y/o pedagógico a los reos. En muchas ocasiones se pudo observar que es más necesaria la asistencia psiquiátrica que la corrección disciplinaria

Algunos críticos señalan que la ineficiencia de la prisión se debe, entre otras causas, a la sobrepoblación, la falta de planeación de los Directores de los Penales para procurar el trabajo remunerado, la corrupción que propicia el tráfico de drogas, de la concesión ilegal de satisfactores y de beneficios hacia un número reducido de internos, el hacinamiento que hace imposible la individualización de la pena, la falta de programas educativos, los enormes obstáculos que existen para que se pueda aplicar un sustitutivo penal, etc.

En este orden de ideas, en el presente estudio se hace una propuesta para que la pena de prisión sea substituida por otros medios más eficaces, como es el trabajo, y sólo sea aplicada como la última medida, para que cuando el individuo se reintegre a la

sociedad, no solamente quiera llevar una vida normal bien adaptada y proveer a sus propias necesidades como miembro útil a su grupo social, sino también que sea capaz de hacerlo sin ninguna obligación.

Todo ello sin perder de vista que, quien ha cometido un delito debe sufrir una consecuencia legal y evitar de esta forma la impunidad que más perjuicios ocasionaría a la sociedad.

INTRODUCCION

El objetivo del presente estudio consiste en presentar un panorama general respecto a la figura jurídica que es denominada y conocida como sustitutivo de la pena prisión.

Consideramos que resulta necesario, útil y de enorme importancia el establecer y precisar de forma concreta una serie de puntos que convergen con esto que es el tema central, para con ello lograr una visión y comprensión integral acerca del mismo.

En primer término nos ocuparemos de las etapas por las cuales atraviesa el procedimiento penal, iniciando desde la averiguación previa, la acción procesal penal, la acción penal, la consignación y el procedimiento, para finalmente llegar por medio de ella a la sentencia definitiva y a su ejecución.

Con posterioridad, una vez analizando el procedimiento penal, se procederá a llevar a cabo un breve estudio concerniente a la

pena: en este apartado nos concretaremos a hacer una somera referencia desde los aspectos históricos, hasta la clasificación de las penas y de las teorías que estudian las mismas.

Finalmente abordaremos el tema de los sustitutivos penales desde el enfoque conceptual, procediendo a señalar algunas de las clases de tales sustitutivos que en diversos países existen. Se hará también referencia de manera sumaria a la asistencia que debe ser otorgada a los condenados liberados.

LOS SUSTITUTIVOS PENALES

CAPITULO I

EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL FUERO COMUN

1.1 CONCEPTO

Para establecer un marco de acción y referencia, daremos inicio ubicando a este tipo de procedimiento dentro de las concepciones doctrinales por lo que empezaremos diciendo que se trata de una de las ramas que contiene el "derecho penal", propiamente dicho, es decir una de las partes que integran el sentido lato del derecho penal y en relación con este primer punto, el maestro Manuel Rivera Silva menciona:

"El Estado para mantener la armonía social establece, en primer lugar, de manera abstracta, definida o enunciativa, qué actos son delitos y cuáles son las sanciones correspondientes y, en segundo lugar, hace vivir, en los casos concretos que presenta la vida, las abstracciones citadas, es decir, a la existencia de un delito le anexa la sanción correspondiente o, hablando con estilo moderno, al "ser", de un delito, liga el "deber ser" de la sanción. El primer trabajo del Estado, o sea el enunciativo constituye el

Derecho penal material. El segundo, informa el procedimiento penal.”¹

Es así y teniendo un punto de partida acertada ahora tendremos que encontrar una definición para nuestro objeto de estudio, es decir, del Procedimiento Penal.

Para el propio jurista antes citado, es decir, el maestro Rivera Silva, define al procedimiento penal como:

“Conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.”²

Para el jurista Juan José González Bustamante:

“El procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia donde se obtiene la cabal definición de las relaciones del derecho penal.”³

¹ Rivera Silva, Manuel, “El procedimiento penal” Editorial Porrúa, pág. 5, México, 1985.

² *Idem.*

³ González Bustamante, Juan José, “Principios de Derecho Procesal Mexicano”, Editorial Porrúa, pág. 25, México, 1970.

Por su parte Guillermo Colín Sánchez, establece que el procedimiento tiene dos acepciones fundamentales, una lógica y otra jurídica:

“Desde el punto de vista lógico es una sucesión de fenómenos vinculados entre sí a través de fenómenos de casualidad y finalidad; jurídicamente es una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos y de sus autores y a la instrucción del proceso. Todos estos actos están debidamente encadenados conforme a un orden regulado en su contenido y efectos, por el ordenadamente jurídico.”⁴

Consideremos suficiente las anotaciones hechas con antelación para poder referir que para nosotros la concepción de derecho procesal penal, se integra por un conjunto de normas de derecho adjetivo, que regulan las actividades tendientes, al análisis, investigación y conclusión de una noticia delictiva para el efecto de absolver o condenar a un sujeto persona física denominada procesado, con el propósito de preservar el orden social.

Resulta necesario mencionar que las partes que intervienen en el proceso penal son: el Ministerio Público como representante social; la defensa y actualmente se reconocen derechos del ofendido para intervenir como coadyuvante dentro del proceso penal, aunque guardemos la concepción de trilogía

⁴ Colín Sánchez, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Editorial Porrúa, pág. 71, México 1971.

procesal compuesta por el órgano acusador, órgano de defensa y el juzgador.

Ahora bien. en términos generales se puede apuntar que el procedimiento penal se desarrolla inmerso en diversas etapas, las cuales se enmarcan en:

1.- Averiguación Previa (Preparación de la acción procesal penal)

2.- Proceso (Preparación de proceso y proceso)

3.- Conclusiones (Proceso)

4.- Sentencia (Conclusión del proceso)

Es necesario advertir que en esta discusión planteada se presentan subdivisiones que son propias de los procedimientos penales en particular tales como el federal, Distrito Federal y entidades federativas, en los que en ocasiones subdividen una parte o utilizan otra denominación.

En términos generales digamos que estas etapas se pueden concebir de la siguiente manera:

1.2. AVERIGUACION PREVIA

La averiguación previa es la primera fase de todo procedimiento penal y sólo puede iniciarse por alguna de las siguientes formas:

a).- denuncia

b).- querella

a).- A la **denuncia** la debemos entender como la relación de actos que el relator supone delictuosos, que se hace ante el representante social, es decir, el Ministerio Público, y en el entendimiento de que el denunciante puede ser cualquier persona y también independientemente de que tenga interés o no lo tenga, en el hecho de que se persiga al delincuente hasta sus últimas consecuencias. Sin que se puedan formular denuncias por medio de apoderado legal, a menos que se trate de personas morales.

b).- **La querella** puede ser definida como el derecho potestativo que tiene el ofendido del delito, para hacerlo del conocimiento de la Representación Social y dar su anuencia para que sea perseguido. Pero para que surta los efectos legales que le corresponden dicha querella debiere formularse satisfaciendo los

requisitos que prevé la Ley Adjetiva Penal, es decir, deberá ser presentada por el ofendido, su representante legítimo (personas físicas), el apoderado que tenga Poder General para Pleitos y Cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas.

La diferencia que existe entre la denuncia y la querrela, reside en que la primera, puede hacerla ante la Autoridad Investigadora cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho delictuoso, sin que la misma pueda formularse por medio de apoderado legal a menos que se trate de personas morales, y la segunda únicamente puede formularla ante la Representación Social el ofendido por el delito, o por medio de su apoderado legal, puesto que se trata de una facultad potestativa, que se puede hacer valer únicamente a petición de la parte ofendida y desistirse en el momento en que crea conveniente, no así en la denuncia puesto que el Ministerio Público investiga de forma oficiosa y obligatoria.

Esta manera de iniciar la averiguación previa es requisito indispensable para la ejecución de los delitos llamados de querrela necesaria, como por ejemplo los mencionados en el Código Penal vigente para toda la República en materia federal y para el Distrito Federal en materia del fuero común.

1.3. OBSTACULOS PROCESALES

Los obstáculos procesales son situaciones fijadas en la ley, que impiden se continúe con la secuela procesal iniciada por el juez

a).- La excitativa

b).- La autorización

a).- **La excitativa**, es una solicitud hecha por el representante de un gobierno -extranjero para que sea perseguido el que haya ofendido a la Nación que representa, a su gobierno o a sus agentes diplomáticos en este País. La excitativa viene a ser una especie de querrela que encuentra su soporte jurídico en el ordenamiento en mención:

"... Cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero es necesaria la excitativa en los demás casos".

b).- **La autorización.**- Es el acto por el cual se remueven legalmente las inmunidades, misma que constituye un impedimento transitorio para la aplicación de la ley, ya que sólo puede removerse por renuncia, destitución o por fenecer el término que dure la función que desempeña el favorecido con ella, de modo o de manera que removido el impedimento tendrá aplicación la ley, pues en este caso se habrá cumplido con el requisito señalado y se podrá proceder contra algún funcionario que la misma ley señala.

Pues bien, llevado acabo cualquiera de los supuestos mencionados cobra vida la averiguación previa y se procede a iniciar una diversidad concatenada de actos a fin de establecer si es procedente ejercitar la acción penal o no, estos actos tienen sus reglas establecidas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Hay que tener presente que en la etapa de averiguación previa el Ministerio Público interviene con el carácter de autoridad, referimos esto, ya que ese carácter no lo conserva durante el desarrollo de todo el procedimiento penal como veremos con posterioridad.

Una vez que el Ministerio Público ha realizado todas las diligencias necesarias allegándose de las **pruebas** conducentes al esclarecimiento de los hechos, incluyendo las del indiciado, pues recordemos que con las reformas procedimentales en la actualidad es posible y se considera derecho de quien se presente a declarar

ante el Agente del Ministerio Público, el ofrecer las pruebas que estime convenientes, así el Representante Social podrá tomar tres diferentes determinaciones a saber:

1.- Consignación o Ejercicio de la Acción Penal.

2.- Reserva o Archivo Provisional, y

3.- No Ejercicio de la Acción Penal o Archivo.

1.- La determinación de **consignar**, implica necesariamente que se han reunido los presupuestos Constitucionales y son:

- a) La existencia de una denuncia, acusación o querrela;
- b) Que dicha denuncia, acusación o querrela, se refiera a hechos que la ley señale como delitos;
- c) Que esos delitos tengan señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad;

d) Existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y

e) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Si de los datos contenidos en la averiguación previa hacen probable la responsabilidad del indiciado y se han comprobado los elementos del tipo penal, del delito de que se trate, el Ministerio Público ejercita acción penal a través del pliego consignatorio, solicitándose al Juez ante el que se haya consignado al presunto inculcado, ordene su aprehensión cuando se trate de consignación **sin detenido**.

La diferencia que existe entre **acción procesal** y **acción penal**, consiste en que esta última requiere para su nacimiento la comisión de un hecho delictuoso, para que por medio de ella sea perseguido por el Ministerio Público y la **acción procesal** sucede no precisamente al delito, mismo que podrá existir o no, sino a la investigación de los hechos que lleva^a cabo el Ministerio Público y como consecuencia de esa investigación y al estimar que se encuentran satisfechos, la ejercita ante el juez. Esta acción no necesariamente tiene como condición de su ejercicio la comisión de un hecho delictuoso, puesto que surge independientemente de él, es por ello que en múltiples ocasiones aún cuando se haya

deducido la acción procesal penal, el juez niega la orden de aprehensión o pone en libertad al inculcado por falta de elementos, puesto que la **acción penal** se ejercita por el Ministerio Público después del ejercicio de la acción procesal penal, es decir, cuando el Ministerio Público precisa la acusación al formular conclusiones acusatorias en el proceso.

2.- La **reserva** tiene lugar cuando por una dificultad material no se han podido realizar algunas diligencias en la averiguación previa teniendo como resultado la imposibilidad de que el Ministerio Público ejercite o no la acción penal correspondiente, atento a lo dispuesto por nuestra Carta Magna y por lo tanto se seguirán investigando los hechos remitiéndose enseguida la averiguación previa al archivo temporal hasta que sea posible integrarla y así estar en posibilidad de poder determinarla.

3.- El **archivo** tiene lugar cuando agotada una averiguación previa, ésta arroja datos que no hacen probable la responsabilidad del iniciado ni tampoco se han podido comprobar los elementos de ningún tipo penal, en la cual el Ministerio Público procederá a realizar una ponencia de **no ejercicio de acción penal** comúnmente denominada como archivo. Sobre el tema del archivo la mayoría de los libros que hablan de procedimiento penal, no indican qué sucede después de que el Ministerio Público ha emitido su ponencia de no ejercicio.

Sin embargo diremos que de conformidad con los acuerdos emitidos por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y concretamente el que se encarga de atender a este supuesto, el denunciante o querellante cuenta con el plazo de 15 contados a partir de que se le notifique (generalmente por correo certificado), para presentar su **inconformidad, en la que funde y motive las causas por las cuales considera que debe** realizarse un nuevo estudio del asunto. Por otro lado no debemos de perder de vista la reforma Constitucional que establece la posibilidad de impugnar por vía judicial dichas resoluciones, sin embargo en este momento existe contradicción de tesis en torno a dicho temas:

Novena época

Instancia: pleno

Fuente semanario Judicial de la Federación

Tomo: VI-Diciembre

Página 5

P/J. 91/97.

**ACCION PENAL, RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO,
EMANADA DE UNA ACCION PENAL, RESOLUCIÓN
DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD
DEPENDIENTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL
DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, ES UN ACTO**

MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL.- El artículo 51° de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su fracción I, dispone entre otros supuestos, que los Jueces de Distrito de amparo en materia penal conocerán de los juicios de garantías que se promuevan “ ... **contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal ...**”. Ahora bien, como donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, es válido interpretar en forma extensiva la fracción de mérito y sostener que la competencia también se surte cuando la sentencia que se dicte en la sentencia de amparo pueda producir la consecuencia de afectar la libertad personal de un tercero perjudicado, en el caso de un juicio promovido en contra de una resolución de no ejercicio de la acción penal, lo sería, por supuesto, el indiciado o inculpado. Aún cuando no todos los delitos se sancionan con la privación de la libertad, la afectación debe entenderse en sentido amplio, pues aun tratándose de delitos que se sancionan con la pena privativa de la libertad o con pena no privativa de libertad, la orden de comparecer a juicio y, en su caso, el auto de sujeción a proceso que pudiera dictarse en el supuesto que se ejerciera la acción penal por tales

delitos con motivo de un juicio de amparo, de conformidad con el artículo 304 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, afectan la libertad de la persona, pues se le obliga a comparecer ante la autoridad que la requiere, aún cuando la restricción tenga el límite precario indispensable para el desahogo de las diligencias respectivas, tales como la declaración preparatoria, la identificación administrativa, entre otras. Por otro lado, interpretando en forma sistemática las fracciones del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, con los artículos 19, 20, 21, primer párrafo, constitucionales; 94 a 108, 111 a 114, 118 a 121, 122, 124, 135, 136, 139, 140, 141, 144, 147, 152, 189, 191, 262, 268 bis y 273, entre otros del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; 13 y 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se obtiene que si en el propio precepto 51 se contemplan las atribuciones de los Jueces de Distrito en los juicios de amparo para conocer de actos materialmente penales, la competencia de que se trata no sólo se actualiza con fundamento en la fracción I, antes examinada, sino en dicho numeral. En estas condiciones, si bien la naturaleza de la resolución de no ejercicio de la acción penal es, por el órgano que la realiza, formalmente administrativa, por su naturaleza intrínseca es materialmente penal, por lo que la competencia para el conocimiento de juicio de amparo

en su contra le corresponde a un Juez de Distrito en dicha materia, no sólo por la circunstancia de que la sentencia que llegara a dictarse pudiera afectar la libertad del tercero perjudicado, sino también porque al tratarse de una resolución materialmente penal, la competencia se ubica en el propio numeral interpretando sus fracciones sistemáticamente. La interpretación de mérito respeta el principio de especialización que justifica la creación de tribunales especializados y, por ende, el artículo 17 constitucional, en cuanto garantiza la expedites en el fallo.

Contradicción de tesis 9/96.- Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.- 26 de agosto de 1997.- Once Votos.- Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.- Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala. las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.- 26 de agosto de 1997.- Once Votos.- Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.- Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala.

El Tribunal en Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número 91/1997, la tesis jurisprudencial que antecede.- México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Ahora bien, para continuar con el estudio de las etapas del procedimiento penal, tenemos que a partir del supuesto que la determinación del Ministerio Público sea la de consignar, lo cual, dará origen a la segunda etapa denominada proceso.

1.4.- PROCESO

El proceso deriva de procederse analizar, caminar hacia adelante; y sólo puede presidirse por un miembro del Poder Judicial.

La etapa llamada proceso o instrucción, es aquella en la cual el juzgador desde el primer momento va a tratar de allegarse todos los medios de prueba necesarios para normar su criterio y así poder establecer su sentir en la sentencia definitiva.

Esta etapa comienza con una fase que el maestro Manuel Rivera Silva llama de preparación del proceso, la cual, va desde el auto de radicación hasta el de formal prisión en su caso y al respecto dicho jurista refiere lo siguiente:

*“Nos encontramos que lo primero que hace el Juez una vez que se ha ejercitado acción penal, es dictar el auto cabeza de proceso o de radicación”.*⁵

La actividad que debe realizar el Juez al dictar el auto de radicación, la podemos enumerar de la siguiente manera:

1.- Ordena radicar la causa

2.- Ordena se le dé la intervención que corresponde al Ministerio Público

3.- Ordena tomar al detenido su declaración preparatoria

4.- Se le facilita la defensa al inculpado

5.- Se dará aviso al Superior.

6.- En el caso de que la consignación sea sin detenido se ordenará girar oficio a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para la aprehensión del consignado.

Acto seguido se procederá a tomar la declaración preparatoria del consignado dentro del término de cuarenta y ocho

horas, contando estas a partir de su puesta a disposición del Juez instructor.

Sin duda alguna, la llamada declaración preparatoria es una diligencia que tiene por demás una verdadera importancia para la defensa de todo individuo sujeto a un proceso penal, en virtud de que es en este acto judicial en que se le hará saber el motivo de su detención, informándolo del nombre de su acusador o acusadores, el delito que se le imputa, el nombre de las personas que declaran en su contra, el derecho que tiene a solicitar su libertad provisional en caso de que ésta sea procedente, el nombramiento de un defensor así como en su caso el ofrecimiento de las pruebas que estime pertinentes.

Apuntando esto, nos podemos preguntar ¿En dónde aparece la obligación de que declare el inculpado?, la respuesta es muy sencilla esa obligación no existe, podemos decir que no puede ser compelido a declarar en su contra y por lo tanto el Juez sólo se limitará a preguntar el inculpado si desea declarar algo y en caso de que la respuesta sea negativa éste podrá declarar en cualquier otro momento del proceso.

Es necesario recordar, que al término de cuarenta y ocho horas con que cuenta el Juez para llevar a cabo la declaración preparatoria se encuentra contenida dentro de las setenta y dos horas para dictar el auto de plazo constitucional, salvo que de

⁵ *Ibidem*, pág. 152.

conformidad con la reforma procesal sea solicitada por el inculpado o por su defensor la duplicidad del término al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica y en ningún caso podrá ser solicitada por el Ministerio Público o por el Juez, para los efectos probatorios correspondientes

Ahora bien, pasando al estudio del auto de formal prisión debemos mencionar que en éste, el Juez deberá valorar las pruebas que tenga a su alcance para determinar si se encuentra comprobados los elementos del tipo, que señala el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como la probable responsabilidad, recordando que anteriormente lo que se buscaba estudiar era el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y solo para efectos ilustrativos recordemos lo que se entendía por cuerpo del delito y por presunta responsabilidad en el buen decir del maestro Manuel Rivera Silva:

“Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal.”⁶ (actualmente los elementos del tipo).

“En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se pretenden determinar pruebas por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto.”⁷

⁶ *Ibidem*, pág. 163

⁷ *Ibidem*, pág. 168

En caso de que el Juez encuentre reunidos y comprobados los dos elementos mencionados, procederá a dictar el auto de formal prisión apegándose para ello a lo que establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Así las cosas, también puede presentarse el caso de que se hubieren comprobado los elementos del tipo y la probable responsabilidad, pero la pena prevista para ese delito no sea corporal, o bien se trate de pena alternativa, ante tales circunstancias se tendrá que dictar el auto denominado de sujeción a proceso; o bien puede suceder que no se hubieran comprobado ambos elementos ya mencionados, procediéndose en tal circunstancia a dictar el auto de libertad por falta de elementos para procesar, en éste orden de ideas y una vez que ha sido dictado el auto de formal prisión se dan dos posibilidades:

a).- La apertura de un procedimiento sumario.

b).- La apertura de un procedimiento ordinario.

SUMARIO. El primer caso procede cuando concurre alguno de los supuestos contemplados en el Ordenamiento Penal de referencia, los cuales serían los siguientes:

1.- Cuando se trate de flagrante delito;

2.- Cuando exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la Autoridad Judicial.

3.- Se trate de delito no grave.

4.- Cuando la pena de prisión no exceda de 2 años.

El segundo caso tiene lugar cuando la pena de prisión excede de 2 años sea o no alternativa.

Cabe señalar que una vez que sea abierto el procedimiento sumario aún existe la posibilidad de que el inculpado o su defensor soliciten la revocación de éste procedimiento dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del ordenamiento ya citado.

En el caso de que no sea solicitada tal revocación se procurará cerrar la instrucción en el término de quince días y posteriormente se citará a la audiencia, salvo en el caso del denominado proceso sumarísimo que dispone que en atención que no existen pruebas se pase directamente a la audiencia del citado precepto, en la cual deberán de dictarse en forma oral las conclusiones e inclusive la sentencia, recordando que en ésta etapa el Ministerio Público ya no actúa como autoridad sino como parte en el mismo.

ORDINARIO. Una vez que ha sido abierto el procedimiento ordinario o en su caso revocado el sumario, el Juez deberá de agotar la instrucción en el término de diez meses si la pena excede de dos años y dentro de cuatro si no excede de dicho término, una vez agotada la instrucción dará vista a las partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga y si no fuese así se procederá a resolver en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es decir dando un término de 10 días para ofrecer alguna prueba que consideren procedente, y agotado dicho término se declarará cerrada la instrucción. Y mandará a poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la Defensa.

En este orden de ideas, hacemos la pregunta ¿Cuáles son las pruebas que pueden ofrecerse? Pues bien, tanto en el procedimiento sumario como en el ordinario se pueden ofrecer las siguientes pruebas:

- 1.- La confesión Judicial;
- 2.- Los documentos públicos y privados;
- 3.- Los dictámenes de peritos;
- 4.- La inspección judicial;

5.- Las declaraciones de testigos;

6.- Las presunciones;

Finalmente, podemos agregar, que se pueden ofrecer todos los medios de prueba que para el caso concreto sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, en términos que se establecen en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, con fundamento en la Constitución Federal de la República, recordando que nuestro sistema de enjuiciamiento penal es libre, aunque debemos recordar que cada una de las pruebas presenta sus peculiaridades para su desahogo, por lo que tendremos que remitirnos al estudio particular del ordenamiento en estudio.

1.5 CONCLUSIONES

Una vez que se encuentren desahogadas todas las pruebas y en su caso agotado el término para las supervenientes, el juez declarará cerrada la instrucción y pondrá a la vista la causa para que las partes se impongan de ellas y procedan a exhibir sus conclusiones en el término de 5 días, para cada uno, primeramente las del Ministerio Público, las cuales serán siempre con mayores requisitos que las de la defensa, ya que inclusive se pudiera

presentar la posibilidad de que no fueran exhibidas, caso en el cual el Juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador para que ordene se formulen las mismas en un plazo de 10 días hábiles, transcurrido dicho plazo si no se formulan, el Organismo Jurisdiccional tendrá por exhibidas las de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad. Ahora bien, en el supuesto de que hayan sido formuladas ambas conclusiones, el juez si se trata de procedimiento ordinario mandará a celebrar la audiencia de Vista y una vez concluida la misma procederá a dictar Sentencia, recordando en el supuesto de que nos encontráramos dentro del procedimiento sumario, las conclusiones se dictarían en forma oral y la sentencia tendría lugar en la propia audiencia.

1.6. SENTENCIA.

Tenemos conocimiento de que existen una serie de resoluciones que son dictadas por el juzgador a lo largo del procedimiento, y de igual forma conocemos que dentro de la clasificación de éstas, se presentan las jurisdiccionales y las judiciales propiamente dichas y son estas últimas las que nos interesarían en una primera instancia, pues su nomenclatura atiende precisamente a su origen de formación, es decir a que son emitidas por un órgano perteneciente al poder judicial, pero estas resoluciones judiciales podrán ser también jurisdiccionales, y la

respuesta es afirmativa, pues precisamente por resolución jurisdiccional entendemos a aquellas que van a resolver una controversia o conflicto aplicando el derecho.

Ahora bien, una vez que tenemos conceptualizada la naturaleza de la cual nos vamos a ocupar, pensaremos en apuntar una definición de esta figura jurídica:

*"SENTENCIA: La decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal. Se llama así a la palabra latina sintiendo por que el juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso".*⁸ Con esta resolución se concluye el procedimiento penal de primera instancia.

Pues bien el derecho procesal le otorga un doble contexto a la sentencia, tanto como acto jurídico procesal y como *documento* entendiendo que respecto del primer aspecto comprende en que es un acto en el cual interviene la voluntad de un hombre investido de autoridad y que resolverá dentro de los límites de las constancias que le hubieren sido allegadas y por lo que respecta al documento, así se le considera cuando el juzgador plasma su voluntad y deja constancia de ella. Puesto que la sola voluntad del juez sin el

⁸ Escribano Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación civil, penal, comercial, y forense", Editorial UNAM, pag.634, México 1996.

otorgamiento escrito y firmado por él mismo carece de la validez jurídica y no produce efectos legales.

Quizá convendría señalar que la doctrina a establecido que toda sentencia debe de contar con dos tipos de requisito, y estos son los *formales* y *los de fondo*, siendo los primeros aquellos que marca o establece la propia ley, y en cambio los mencionados en segundo término, se conforman por varios elementos tales como la fundamentación, la motivación, la congruencia y la exhaustividad.

Con todo lo anterior sólo podemos mencionar que nuestro procedimiento penal aun requiere de una muy seria revisión a fondo que permita que lo establecido por la Constitución no sea nulificado en la práctica por una ley secundaria y resulte necesaria la intervención de la Justicia Federal para llegar al punto concreto de correcta aplicación de la norma, ya que pensamos que no basta con tener una buena receta que marque la forma de preparación, sino que los ingredientes de ésta, también deberán ser los adecuados.⁹

Por lo que corresponde a la regulación positiva de la figura jurídica que nos ocupa, ésta se regula por el cuerpo legal de la materia, recordando, que en el supuesto de encontrarnos ante él tramite a que se refiere el procedimiento sumario, las conclusiones se dictarían en forma oral y la sentencia se dictaría en la propia audiencia (llega a darse el caso).

⁹ Apuntes de clase Maestro. Jorge Antonio Mirón Reyes.

Es precisamente es en este tipo de resolución (sentencia) en la cual el juzgador establecerá sus razonamientos necesarios, a fin de establecer si un sentenciado ésta o no en posibilidad de que se le conceda la sustitución de la pena.

Es conocido por todos nosotros que esos razonamientos, los lleva a cabo el juzgador en la sentencia en la parte denominada Considerandos, aunque con posterioridad estos razonamientos encuentran respuesta en los puntos Resolutivos.

CAPITULO II

LA PENA

2.1. MARCO HISTORICO.

En este capítulo hablaremos sobre la pena, desde su aparición y obviamente pasando por algunos tópicos que se presenta en el desarrollo de su comentario.

La idea de pena se nos presenta desde los tiempos más remotos de la humanidad que viene quizá, porque no decirlo, desde el propio génesis, así recordando a los primeros hombres y mujeres sobre la tierra que al cometer un acto de desobediencia dieron origen a la necesidad de aplicar un castigo, lo mismo fue sucediendo en la mitología griega y en la antigua Roma; se presenta la acción lesiva, dañina y da lugar a la necesidad de castigar, por los daños causados a su víctima en dinero, bienes o trabajo, quizá lo que va cambiando es el motivo y origen de ese castigo, así en el desarrollo los estudios reconocen que la pena a pasado por diferentes etapas que se agrupan en cuatro periodos: el de venganza privada; el de venganza divina; el de venganza

pública; y el período humanitario. Aunque hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos, denominada científica:

a).- El de venganza privada se reconoce en la fórmula del talión (ojo por ojo y diente por diente).

b).- El de venganza divina, en que se estima que el delito lo constituye todo aquello que causa un descontento a los dioses, por lo que las penas son para satisfacer su ira y lograr el desistimiento de su justa indignación (la clase sacerdotal es la que ejerce la justicia represiva) el *ius puniendi* efectivamente va a concebirse como algo reservado a la Justicia divina pero esta justicia no podrá para efectos prácticos ser impartida por Dios, por lo que se requiere la intervención de su representante es decir de la Iglesia, la cual empieza a perseguir, castigar y ejecutar en el nombre de Dios, hasta que llega el renacimiento y las ideas de Beccaria para entonces concebir la necesidad sancionadora como medio para la convivencia en paz de los hombres, pero derivando el derecho individual en favor del Estado, lo cual Cessare Beccaria establece cuando dice: "Fue pues, la necesidad lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad, es cierto, pero congruente, que nadie quiere poner de ella más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones

posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso no justicia, es hecho no derecho”⁸

c).- El de la venganza pública, que se da con el desarrollo de los estados y distingue entre delitos privados y públicos (los que detentan el poder son los encargados de aplicar la justicia, sin limitación alguna, incriminando hechos no previstos como delitos y aplicando penas desmesuradas y cuando se instituyen en juzgadores es para el servicio de los déspotas y tiranos).

d).- Período Humanitario, que se distingue por un movimiento humanizador de los sistemas penales, empezando a tomar cuerpo en el Siglo XVIII con César Bonnesana y las ideas de los pilares de la ilustración (Montesquieau, Voltaire, Rousseau y otros más), que enarbolaron las ideas; el derecho de castigar se basa en el contrato social; las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; las penas han de ser generales para que sólo los jueces califiquen si han de aplicarse; las penas deben ser públicas, las penas deben ser prontas y necesarias; las penas deben ser proporcionales al delito y la mínima posible, las penas no deben ser atroces; los jueces deben aplicar en forma exacta la ley; el fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, la pena debe ser ejemplar para los demás hombres; la pena de muerte debe ser proscrita por injusta ya que el contrato social no lo autoriza (el hombre no puede disponer de ella por no pertenecerle).

⁸ Beccaria Cessare, “De los delitos y de las Penas”, Editorial Temis, Colombia, 1994, pag 5.

e).- El período Científico, que se reconoce desde los primeros intentos de sistematizar los estudios sobre la materia penal; y sobre este particular tenemos varias escuelas: La Clásica (bautizada por Enrico Ferri); la Positiva representada por Lombroso-Ferri-Garófalo; Terza Scuola, representada por Alimena-Carnevale, doctrina de Franz Von Litz, la Dirección Técnico Jurídica representada por Rocco-Manzini-Massari-Battaglini-Vannini, la Psicologista; la Normativista; la Finalista; la Analítica y otras, que hasta la fecha se siguen desarrollando como las reduccionistas, abolicionistas, etc.

Así en esta historia de la pena se van a presentar como puede apreciarse diversos puntos de vista, pasando por varias corrientes y escuelas, las que procederemos a enunciar en los siguientes puntos:

1.- LIBERALISMO CLASICO.

Se ubica en el siglo XVIII, siendo precursores Rousseau, Voltaire, Montesquieu, y Diderot, algunos de sus puntos más sobresalientes son los siguientes:

a) Los delitos y las penas deben estar definidos con antelación;

- b) La ley debe ser igual para todos;
- c) La severidad de la pena debe de ser proporcional al Delito, y excluir o limitar la pena de muerte;
- d) La pena debe tener función retributiva y no intimidatoria o vengativa.

2.- POSITIVISMO.

Se desarrolla a mediados del siglo XIX, sus precursores son Lombroso, Ferri, y Garófalo, sus puntos más destacados son:

- a) Considera al delincuente como el resultado de la formación constitucional del delincuente, y el ambiente circundante en que vive;
- b) La prevención especial debe ser el contorno sobre el cual gire la política criminal del Estado;
- c) La sanción criminal que proponen no se preocupa por reprimir y castigar, únicamente por prevenir.

3.- TERZA ESCUOLA.

Contemporáneos a los positivistas surgen con Alimena y Carnivale, la Terza Scuola, tiene como postulados relevantes los siguientes:

- a) La defensa social como fundamento del derecho a castigar;
- b) La negación del libre albedrío;
- c) La coacción psíquica como condicionante de la pena.

4.- DEFENSA SOCIAL.

Pertenciente a los eclécticos, esta escuela tiene como representantes a Filippo y Marc Ancel y sus postulados esenciales son:

- a) El derecho penal no castiga una falta, sino protege a la Sociedad contra empresas criminales;

b) El Estado no tiene derecho de castigar sino de socializar;

c) La defensa social es la negación junto con la pena del Derecho de castigar.

Pasemos ahora a dejar anotada la concepción finalista de la pena.

TEORIAS FINALISTAS:

a) La eficacia de los efectos se puede regular mirando hacia el pasado, (*quia peccatum est*), maneja la teoría absoluta de la pena, surge la idea de la represión o teoría retributiva de la pena.

b) La eficacia de la pena se puede observar con los efectos que pueden producir en lo futuro, maneja la teoría relativa de la pena, o teoría de la prevención, que atribuye a la pena la función de prevenir delitos.

Es indispensable que antes de dar por concluido este breve estudio de la pena, procedamos a realizar una distinción conceptual por demás importante entre punibilidad, punición y pena.

2.2 PENA, PUNIBILIDAD Y PUNICION.

PENA

Francesco Carnelutti, considera a la pena, como la consecuencia natural y directa del proceso penal en la cual se le atribuye a esta una especie retributiva de dolor y/o humillación de la persona causante del daño y no como debería ser ésta; una medicina o factor de resocialización del individuo sujeto a la misma. Por lo que se le considera como un remedio del delito.

PUNIBILIDAD.

Es la amenaza de la privación o restricción de bienes para el caso de que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado y con la cual el Estado realiza la prevención general, ya que va dirigida a todos y cada uno de los súbditos.

Digamos que la punibilidad viene a ser aquella amenaza que se encuentra prevista en la ley y con la cual el Estado realiza la prevención general, es una amenaza, una forma disuasiva que se

realiza a través del poder legislativo, el punto central de la discusión entratándose de la punibilidad la constituye precisamente el adecuar la punibilidad a la importancia o valor del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

PUNICION.

La punición es la fijación al caso concreto de la amenaza descrita en la ley, a diferencia de la punibilidad se ubica o tiene su desarrollo en otro ámbito de la división de poderes, pues esta función es propia del poder judicial, es precisamente el pasar de las normas a lo concreto y llegar a través de un juicio de valor a establecer cual es la pena que en lo individual le será impuesta a un sujeto, tomando como base la amenaza contenida en la norma.

Si ya dejamos señalado que la punibilidad es realizada a través del poder legislativo, el cual establece en un cuerpo normativo las penas que pueden corresponder a quien realiza tal o cual conducta u omisión; la punición es un acto realizado por el poder judicial mediante la concreción de los márgenes permitidos de punibilidad y por último veremos que la pena es la efectiva aplicación de la sanción enunciada en la ley, es un acto que corresponde llevar a cabo al poder ejecutivo.

Así y solo para los efectos de claridad ejemplifiquemos de la siguiente forma:

PUNIBILIDAD. Si el homicidio se comete en riña se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión.

PUNICION. Se condena a Luis Alberto N a cinco años de prisión, así como a la reparación del daño consistente en... .

PENA....Para el efecto de cumplir con la condena que le fue impuesta trasládese a Luis Alberto N a la Penitenciaría de Santa Marta Acatitla en México, Distrito Federal...

2.3 MARCO NORMATIVO DE LA PENA DE PRISION.

La pena de prisión es la privación de la libertad del ser humano como consecuencia de haber cometido un delito. Si bien la prisión es privación de libertad, no necesariamente cualquier privación de la libertad es constitutiva de la pena comentada. Existen diversos casos y circunstancias en que el ser humano puede ser privado de su libertad.

En el ámbito internacional, tenemos como norma fundamental: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Detenidos y la Declaración de todas las Personas contra la Tortura y otros tratos Crueles.

Los fundamentos para el derecho punitivo en México, son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el ámbito internacional, tenemos La Declaración Universal de los Derechos del Hombre; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Detenidos y la Declaración de todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

En principio habrá que mencionar que la *libertad personal* es una garantía individual por así estar contemplada en la Constitución Política del país en los artículos 14,17,18,19,20 fracciones VIII y X, 21 y 22, 73 fracción XXI y XXII . Solamente el ordenamiento fundamental puede señalar los casos en que se puede detener al gobernado. Así las cosas, las privaciones de libertad que de acuerdo a la Constitución existen, son las siguientes :

a) Como pena por la comisión de un delito. Los preceptos constitucionales que la fundamentan son los artículos constitucionales 14 párrafo tercero, en cuanto a que a los responsables de delito les serán aplicables las penas contempladas en las leyes ; 16 párrafo primero en cuanto a que cualquier ataque a la persona, entre ellas la privación de su libertad, debe provenir de un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado ; 18 párrafo primero, en cuanto a que prevé lo que se denomina "pena corporal" que es equivalente a pena de privación de libertad ; 20 fracciones VI, VIII, X y los dos primeros párrafos posteriores a ésta, en tanto se hace mención a la "pena de prisión".

b) Como prisión preventiva. El artículo 18 constitucional en su primer párrafo contempla esta clase de privación de libertad

c) Como medio de tratamiento para menores infractores. El artículo 18 constitucional en su cuarto párrafo establece esta privación de libertad, en cuanto a que se contempla el establecimiento de instituciones especiales para ello.

d) Como sanción administrativa. El artículo 21 constitucional, primer párrafo, parte segunda, indica que la autoridad administrativa puede aplicar sanciones de arresto por no más de 36 horas.

e) Como detención para ser puesto a disposición de la autoridad investigadora. Se trata de los casos de flagrancia que prevé el artículo 16 constitucional en el párrafo cuarto.

f) Como medida de aseguramiento por parte de la autoridad investigadora. Esto se aprecia del quinto y séptimo párrafos del artículo 16 constitucional, en cuanto a los denominados casos de flagrancia y los casos urgentes.

Dentro de esta generalidad, la pena de prisión está sujeta a las siguientes disposiciones :

1. Artículo 18 constitucional, segundo párrafo, en cuanto a que la privación de libertad debe estar dirigida a la readaptación social del delincuente y en cuanto a que, ello, ha de lograrse sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

2. Artículo 18 constitucional, primero y segundo párrafos, en lo que atañe a que el lugar en que se compurga la pena de prisión debe ser diverso al de la prisión preventiva. Y en cuanto a que los hombre y mujeres han de cumplir con su pena de manera separada.

3. Artículo 20 constitucional, fracción X, en cuanto a que la prisión no puede prolongarse por falta de pago de honorarios.

4. Artículos 25 y 26 del Código Penal de aplicación federal y para el Distrito Federal, en lo que toca a la duración de la pena de prisión, y que se extingue en las colonias penitenciarias, establecimientos, lugares y departamentos especiales que señalen las leyes o que señale el órgano ejecutor. Se pone énfasis en la "o", porque es la disposición que provoca que no exista necesidad de contar con leyes específicas en materia de ejecución de la pena de prisión.

5. Ley que establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados.

6. Reglamento de la Colonia Penal Federal de las Islas Marías.

7. Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social.

8. Reglamento de Reclusorios.

No es necesario mencionar que de conformidad con el artículo 133 Constitucional después de los ordenamientos mencionados vendrán los códigos sustantivos y adjetivos penales de cada Entidad Federativa.

Consideramos necesario incluir la clasificación realizada por el Doctor Jorge Ojeda Velázquez, quien establece que las penas se clasifican:

1.- Por su fin

- a) Defensa Social
- b) Readaptación del individuo
- c) Inhabilitación del individuo
- d) Neutralización Momentánea.

2.- Atendiendo al bien jurídico protegido

- a) Pena Capital
- b) Pena Corporal (marcas azotes, etc.).
- c) Penas privativas y restrictivas de libertad personal.
- d) Penas Pecuniarias.

c) Penas privativas y restrictivas de libertad personal.

d) Penas Pecuniarias.

e) Penas suspensivas o privativas de derechos.

3.- Por su forma de aplicación.

a) Principales.

b) Secundarias (multa, reparación del daño)

c) Accesorias (suspensión de derechos o restricción)

d) Complementarias (amonestación)

4.- En cuanto a su duración.

a) Corta duración.

b) Mediana duración

c) Larga duración.

5.- Respecto a su forma de ejecución.

a) Remisibles

b) Sustituibles.

c) Conmutables

d) Condicionantes

e) Simbólicas

f) Unica

g) Alternativas

h) Acumulativas Cuando se emplea en el tipo penal la conjunción en la parte correspondiente a la punibilidad.⁹

⁹ Ojeda Velázquez Jorge, "Derecho Punitivo" Editorial Trillas pag 175 México 1993.

Después de los temas antes mencionados, ahora sí creemos necesario dar por terminado el presente esbozo en cuanto a la pena y pasar por lo tanto al siguiente capítulo, es decir al estudio de los sustitutivos penales.

CAPITULO III

SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISION.

3.1. MARCO DE REFERENCIA.

Como hemos podido ver en el presente trabajo, la pena ha tomado diversas concepciones a través del tiempo y se ha tratado de buscar en el moderno derecho penal, el alcanzar el principio de mínima intervención en el derecho penal, es así que el derecho de sancionar por parte del Estado debe de buscar el alcanzar diversos objetivos entre los que destacan sin lugar a duda la prevención general y la especial, es por ello que no se trata de castigar por castigar, sino que ese castigo debe de apuntar hacia los objetivos mencionados.

Recordemos que en un principio el modo más empleado para sancionar conductas catalogadas como delitos fue precisamente la pena capital, es decir la pena de muerte efectuada a través de los más diversos modos y métodos, sin que nuestros antepasados escaparan de esta práctica de hacer justicia como se

desprende de lo anotado por el Doctor Ojeda Velázquez: "Los aztecas la utilizaron comúnmente para cerca de 60 delitos cuya forma de ejecución variaba según el tipo de conducta realizada. Así vemos que la pena de muerte se ejecutaba mediante lapidación, se quemaban vivos, degollaban, ahogaban, estrangulaban, machacaban etc".¹⁰

Con el avance de la ciencia y en general del conocimiento científico en el terreno humanístico se comienza a hablar de un cambio de sanción y es así cuando se propone el uso de la pena de prisión en lugar de la de muerte, llegándose hasta las etapas abolicionistas francesas; Pero sin embargo es claro y no debemos de olvidar el mencionar que la pena de prisión quizá ha fallado en los propósitos motivadores de la misma.

En nuestro sistema jurídico la pena de prisión solo puede tener una finalidad, es decir que solo puede emplearse con fines de readaptación (salvo en la justicia militar que se usa para fines de ejemplificación), en este orden de ideas podemos retomar la afirmación de que ha fallado, haciendo eco a lo mencionado Eugenia Fernández Muñoz refiere:

..."El objetivo de socializador atribuido a la pena privativa de libertad ha concluido en fracasos, tanto en la teoría como en la práctica. En teoría porque nunca pudieron concretarse los límites

¹⁰ Op.Cit., pág. 180

del tratamiento y el tipo de valores que debían inculcarse al sujeto separado de la sociedad. En el campo práctico se fracasó porque el régimen penitenciario ha originado solo sufrimiento inútil para quien se ha visto involucrado en un proceso penal independientemente de que resultara inocente o culpable”¹¹

Es claro que hasta nuestros días la pena de prisión es símbolo de pobreza , ya que en términos generales un alto índice de personas de escasos recursos es la que se encuentra recluida ya sea por prisión preventiva o por prisión pena, así pues cobra vigencia la leyenda escrita en los muros de Lecumberri “En este lugar maldito donde reina la tristeza, no se castiga el delito, se castiga la pobreza.”

Pudiéramos pensar que este despertar a la falta de eficacia y de eficiencia de la Pena de Prisión es un nuevo descubrimiento, pero basta darle una leída a la obra de Jorge Kent, quien citando a Jovellanos escribe “Ya en 1779 la sala de alcaldes consultada sobre los indultos decía en un informe que” ...los presidios lejos de servir para remediar la frecuencia de los delitos se han convertido en manantial de nuevos desórdenes. La sala quisiera ver erigidas unas casa de corrección donde pudiesen destinarles algún tiempo, aunque fuera rebajándoles sus condenas,

¹¹ Fernández Muñoz Dolores Eugenia, “La Pena de Prisión Propuestas para Sustituirla”, Editorial UNAM pág. 44, México, 1986.

para que acostumbrándose allí un trabajo más suave y menos forzado que el de los presidios y viviendo algunos años bajo una disciplina más recogida y provechosa pudieran reformar sus costumbres.¹²

Respecto a lo anterior veamos lo que nos refiere Angel de la Sola Dueñas, con relación a la crisis de la prisión:

“En primer lugar, una acentuación de la fase de criminalización primaria que, no siempre de manera racional, crea una verdadera inflación penal e impulsa a un uso económico de la pena en general y de la privativa de libertad en particular. En segundo lugar, un incremento de la criminalización secundaria, que eleva progresivamente los índices de delincuencia, de población carcelaria y de reincidencia, frente a los cuales la prisión no tiene respuestas satisfactorias. En tercer lugar, la reconsideración crítica acerca de las posibilidades reales de llevar a cabo un proceso de resocialización a través de la institución carcelaria”.¹³

En el Congreso Internacional de Criminología (París, 1950), en cuyo programa figuraba la interesante cuestión “La Prisión, factor criminógeno “sus relatores y particularmente el relator

¹² Kent Jorge, “Sustitutos de la Prisión, penas en libertad y penas sin libertad”, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, pag. 27.

¹³ De Sola Dueñas Angel, “Alternativas a la prisión”, Promociones Publicaciones Universitarias, pag 8, Barcelona 1986.

general Olof Kinberg, después de exponer sus variados y perniciosos efectos, propugnaron la abolición de la prisión, de la manera en que se aplica en la actualidad

Resulta igualmente interesante el apunte del V Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento al delincuente que se llevó a cabo en Caracas Venezuela en el año de 1980, que dice:

“Sin embargo estamos de acuerdo en lo dicho en el último Congreso de Naciones Unidas, pues a la luz de la experiencia, resulta extraordinario que tantos países hayan introducido reformas importantes en un periodo limitado de tiempo, puesto que tradicionalmente el sistema correccional es una de las instituciones más refractarias a la innovación ...Y el uso del encarcelamiento como medio de tratamiento del delincuente considerado solamente como sanción extrema de “último recurso”, ampliando al mismo tiempo otros métodos de tratamiento en la comunidad, o adoptando nuevas medidas que no entrañen la reclusión en instituciones”¹⁴.

Expuesto lo anterior pasemos ahora a abordar directamente la problemática de los sustitutos de prisión.

En primer lugar coincidimos con la terminología que ligeramente se maneja de sustitutos de prisión, ya que en sentido

¹⁴ Rodríguez Manzanera Luis “La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión”, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Número 13, México 1984, pág.20.

gramatical posiblemente estuviéramos hablando de lo mismo. pues si penal se identifica con pena, en efecto se pretende sustituir a la pena, pero puede pensarse en una situación penal desde un lenguaje mas técnico especializado y en ese sentido creemos que la única sustitución penal que se puede llevar cabo es la que se encuentra en el principio de mínima intervención del derecho penal.

Es pues, poco fácil la tarea de encontrar sustitutos de prisión si tenemos como base que existe autores que han dejado clara su posición, que expresan la imposibilidad de que se sustituya la prisión hasta el grado de abolirla.

Don Juan José González Bustamante dijo: "Sería utópico aspirar a suprimir la pena de prisión sin encontrar un sustituto que la reemplace con eficacia. Lo que se hace imprescindible es suprimir el absurdo sistema de encierro y la morbosa promiscuidad en que por lo general viven los presos".¹⁵

"Hablar de abolición de la prisión es utópico al menos en nuestros días. La prisión desempeña una función necesaria para la protección social contra la criminalidad "; Este es el pensamiento del distinguido penalista Eugenio Cuello Calón".¹⁶

¹⁵ González Bustamante Juan José "Colonias Penales e Instituciones Abiertas", Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, pág. 42, México 1956

¹⁶ Cuello Calón Eugenio, "La Moderna Penología, " Editorial Bosch, pág. 621, Barcelona España, 1958.

En este orden de ideas, quizá nos corresponda, realizar las referencias necesarias para conocer cuáles pueden ser estos sustitutivos de prisión y para ello realizamos anotaciones no solo de México sino seguimos el comportamiento de otras partes del mundo, partiendo de la premisa de que el sustitutivo de prisión se lleva a cabo precisamente en aquellas penas de corta duración tal y como se desprende de lo siguiente:

“Si se conceptúa que la relación que media entre la gravedad del delito y la relación de la reclusión es un enlace real, entonces no abriga duda de que el objetivo al que debieron dirigirse los planes sustitutivos por lo menos en su inicio deberían estar representados por aquellos individuos que purgan sanciones de escaso tiempo y cuyo tratamiento bien podría acometerse en la misma comunidad, en función de una gama de diversas alternativas”¹⁷

3.2. TIPOS DE SUSTITUTIVOS.

Apuntemos algunos sustitutivos que se han adoptado con cierta eficacia.

a).- Arresto nocturno.

¹⁷ kent, op. Cit.

- b).- Confinamiento.
- c).- Arresto fin de semana.
- d).- Arresto vacacional.
- e).- Arresto domiciliario.
- f).- Trabajo obligatorio en libertad.
- g).- Multa.
- h).- Decomiso.
- i).- Reparación del daño.
- j).- Publicación especial de sentencia.
- k).- Pública amonestación.
- l).- Extrañamiento y destierro.
- m).- Tutela penal.
- n).- Corrección de no ofender.

- o).- Clausura del establecimiento.
- p).- Tratamiento médico.
- q).- Privación de derecho de familia.
- r).- Privación de derechos cívicos.
- s).- Condena condicional .
- t).- Probation.
- u).- Parole.
- v).- Indulto.
- w).- Amnistía.

En el ámbito mundial vemos cual ha sido la experiencia en materia de sustitutivos.

3.3 DERECHO COMPARADO.

1.- España.

- a).- Sustitución de la prisión inferior a seis meses por el arresto de fin de semana
- b).-Multa (día multa)

2.- Francia.

- a).- Sustitutivos restrictivos de derechos, Confiscación.
- b).-Trabajo de interés general.
- c).- Multa.

3.- Italia.

- a).- Semidetención (se permanece 10 horas diarias en una Institución cercana al lugar de residencia).
- b).- Libertad Controlada (internación igual que la semidetención con prohibición de abandonar),

4.- Alemania.

a).- Multa.

b).- Dispensa de pena (cuando las consecuencias del delito son tan graves que dañan al individuo).

5.- Inglaterra.

a).- Suspended Sentence.

b).- Parole.

c).- Probation.

d).- Community Service Orders.

e).- Aplazamiento del Fallo.

6.- Argentina.

a).- Libertad Condicional

b).- Condena Condicional

c).- Multa.

d).- Trabajos para la Comunidad.

e).- Semilibertad.

De igual forma resulta importante apuntar que:

Filipinas en 1976, Instituye la libertad condicional.

Finlandia, se concentra en aplicación de multas.

Japón, con la suspensión de sentencia.

Estados Unidos, independiente de la probation y la parole, se da las Half Way Houses.

Venezuela, tiene una ley denominada "Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena".

Y en general podemos mencionar que en Europa se presenta el siguiente panorama dividido en categorías:

1) Medidas que intentan solo modificar la aplicación de las penas privativas de libertad:

- a) Semidetención (Suiza, Países Bajos, Portugal y España y Francia)
- b) Permiso de trabajo (Suiza y Países Bajos).
- c) Detención de fin de semana (Suiza, Bélgica, Portugal, Alemania y los Países Bajos).
- d) Arresto Domiciliario (España y Turquía).
- e) Cumplimiento en una Institución externa

2.- Medidas alternativas que imponen sanciones diferentes a la pena privativa de libertad.

- a) Multa (la mayoría de los países europeos).
- b) Inhabilitación para manejar automóviles. (Reino Unido, Noruega, Francia, Países Bajos).
- c) Confiscación. (Bélgica, Países Bajos Alemania y Francia).
- d) Restitución de los productos del delito. (Alemania).
- e) Medidas educativas (Francia, Alemania y Reino Unido).
- f) Sanciones morales (Francia, Alemania y Países Bajos)
- g) Medidas probation (En la mayoría de los países europeos).
- h) Servicio o trabajo comunitario (En la mayoría de los países europeos).

3.- Medidas tendientes a evitar la imposición de una pena.

- a) Pena de prisión suspendida.

b) Sentencia Condicional.

c) Sistema continental de suspensión condicional del encarcelamiento.

d) Aplazamiento de la sentencia.

e) Sentencia diferida.

Con la advertencia de que dejaremos para el final de la presente investigación, los comentarios relativos a los mecanismos de sustitución de pena en nuestro país, no podríamos dejar de apuntar, alguna de las actuaciones que con relación al tema se han presentado en las Naciones Unidas, y es precisamente en el VI Congreso Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Caracas Venezuela, en el año de 1980, que se tomo la Resolución número 8, (medios alternativos de encarcelamiento), en la cual se recomendó a los países miembros:

1.- Examinar sus legislaciones con miras a hacer desaparecer los obstáculos legales que se opongan a la utilización de los medios alternativos del encarcelamiento en los casos pertinentes.

2.- Establezcan medios alternativos de la sentencia de encarcelamiento que puedan aplicarse sin riesgos innecesarios para la seguridad pública.

3.- Se refuercen para destinar los recursos necesarios para la aplicación de sanciones alternativas.

4.- Examinen medios para hacer participar los diversos componentes del sistema de justicia penal y a la comunidad a elaborar medios alternativos de encarcelamiento.

5.- Fomenten una participación más amplia de la comunidad en la aplicación de medios alternativos del encarcelamiento y en las actividades destinadas a la rehabilitación del delincuente.

6.- Evalúen procedimientos jurídicos y administrativos cuya finalidad sea reducir, en la medida de lo posible, la detención de las personas que se encuentran en espera de un juicio o sentencia.

7.- Desplieguen esfuerzos para informar al público, de las ventajas de los medios alternativos del encarcelamiento, con el objeto de fomentar la aceptación de estas medidas.

Al hablar de los sustitutivos penales sería un craso error el dejar de plasmar algo acerca de los sustitutivos penales, desde la óptica de Enrico Ferri.

Para este genio de la escuela positiva italiana los equivalentes penales (*Sostitutivi Penali*) los enfoca prácticamente hacia la prevención, como cuando al referirse al orden económico nos ejemplifica:

“El contrabando que ha resistido durante muchos siglos las penas más atroces, como la amputación de las manos y la muerte, en nuestro tiempo las aprehensiones y los disparos de las armas de fuego de los aduaneros decrece visiblemente, gracias a la disminución de las tarifas arancelarias”¹⁸

Los mismos ejemplos se suceden en los órdenes religioso y familiar, por lo que pensamos que se puede sintetizar el pensamiento de Ferri, citado por el doctor Rodríguez Manzanera en su libro de “Clásicos de la Criminología”, al mencionar:

“...Ocupándose de buscar las causas de estos fenómenos de eliminarlos, de canalizarlos o atacarlos, para actuar con eficacia

¹⁸ Citado por Rodríguez Manzanera Luis, “Clásicos de la Criminología”, Editorial Cárdenas, Pág., 225, México 1994.

sobre sus efectos"¹⁹ Considerando que los sustitutivos penales deben basarse en siete rubros a saber:

- a) De orden económico.
- b) De orden político.
- c) De orden científico.
- d) De orden legislativo y administrativo.
- e) De orden religioso.
- f) De orden familiar.
- g) De orden educativo.

Finalmente nos corresponde precisar cuales son a la fecha los sustitutivos penales que existen en nuestro sistema jurídico.

En México encontramos en el de igual forma y debido a las opiniones teóricas vanguardistas, así como a la presión que ejerce la Organización de las Naciones Unidas, se han dado cambios substanciales en materia de sustitutivos penales, mismos cambios se presentan en 1983, cuando se introducen en el Código Penal

¹⁹ Rodríguez Manzanera, *op. cit.*, pág 69.

para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, un catálogo de penas sustitutivas de prisión, de igual forma que contempla el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. Así con el avance en este tema llegamos a la reforma de 1991, que procede a ensanchar el rango de aplicación de sustitutivos de acuerdo a la pena impuesta, toda vez que en Código de 1984 se establecía como condición que la pena a sustituir no excediere de un año y con la reforma de 1991, se amplía el margen a cinco años para conceder el sustitutivo de trabajo en favor de la comunidad, si no excede de cuatro, el de tratamiento en libertad y si no excede de tres la multa.

Resulta interesante transcribir una parte de la exposición de motivos de la reforma de 1983, "Al otorgarse al juez nuevas posibilidades de sustituir la prisión y de conceder la condena condicional se ensanchan los contornos de las penas no privativas de la libertad, en la línea de opinión progresiva contemporánea según la cual el encarcelamiento ya traía consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida, es prescindible respecto de aquellos delitos que no son capitales"... "Cabe señalar además, que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la pena; significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones, en las que con el

hacinamiento se agravan la corrupción, la promiscuidad y la indisciplina, nada propicia para la rehabilitación social”.²⁰

Por supuesto que en nuestro país como se ha anotado, también existe la Condena Condicional y la Remisión de la pena, cuando la pena se vuelve innecesaria atendiendo a los daños que también hubiere sufrido el delincuente, así como los beneficios preliberacionales que ya no son propiamente sustitutivos penales en el entendido que sea una facultad del juzgador aplicarlos, toda vez que estos corresponden a una autoridad administrativa perteneciente al poder ejecutivo para su autorización y decretamiento.

El otorgamiento de la pena condicional o libertad preparatoria trae aparejadas diversas situaciones para el delincuente tales como fianza de conducta, presentación ante las autoridades, ocupación laboral, residencia definitiva, reparación causada por el delito y otras a que aluden las leyes respectivas.

Después de haber obtenido la libertad los reos deben de tener asistencia posliberacional de tipo criminológico. Puesto que no concluye el tratamiento criminológico, entendido en su más amplia y eficaz connotación, con la libertad del penado. Este momento y los sucesivos serán, la lógica continuación para incrementar su eficacia, la ayuda posliberacional debe concedérsele a los familiares

²⁰ Sarre Miguel, “Sustitutivos a la Prisión Preventiva” Revista Criminalia, Mayo-Agosto, Pág. 110, México 1994.

y dependientes económicos del excarcelado, empleando instrumentos de ayuda material y moral, quedando confiado a personal idóneo para aplicarlo, con una adecuada formación, aspectos vocacionales, académicos y una experiencia práctica. De ahí entonces que la regla 64 de las Naciones Unidas, sostenga que "el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se debería disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar a la persona puesta en libertad una ayuda penitenciaria eficaz, que tienda a disminuir los perjuicios hacia él y que le permitan readaptarse a la comunidad". Sobre este aspecto, en varios países se cuenta con instituciones especializadas.

La asistencia posliberacional puede ser definida como el conjunto de medidas de supervisión y de ayuda material o moral, dirigidas fundamentalmente al individuo liberado de una institución penal, a fin de permitir y facilitar a éste su efectiva reincorporación a la sociedad libre.

La finalidad primordial de la asistencia postinstitucional es la privación de la reincidencia, pero existe además el deseo humanitario de ayudar a quienes se han visto al margen de la sociedad prestándoles el apoyo moral necesario para que puedan superar las dificultades a que invariablemente habrán de hacer frente cuando sean puestos en libertad

En México, desde el año de 1961 funciona el patronato de reos liberados, y en términos del artículo 1 del reglamento del 5 de julio de 1963, sus funciones son: proporcionar asistencia moral, económica, jurídica y social a personas liberadas por sentencia ejecutoria, vigilar a las personas directamente o bien con la colaboración del departamento de prevención social o de otros organismos a fines. El consejo está integrado por un presidente, un primer vicepresidente, cuatro vicepresidentes, representantes de la iniciativa privada, cuatro vicepresidentes representados de organizaciones obreras, un secretario general, un tesorero y diez vocales representantes de varias secretarías de estado.

El patronato se financia mediante subsidios gubernamentales aportaciones de entidades públicas o privadas y de particulares, donativos y legados, los sujetos a libertad preparatoria o condena condicional están sometidos al cuidado y vigilancia de las autoridades. La libertad preparatoria requiere estudio criminológico del recluso y estudio individual de reclusos próximos a la libertad definitiva, el patronato para el cumplimiento de sus funciones empleará: servicio de colocaciones, asistencia económica si se requiere, capacitación de adiestramiento profesional y técnico, asistencia jurídica y demás que se requieran.

La asistencia postliberacional, se ubica así en su rigurosa identidad; en el capítulo del tratamiento criminológico. Sección importantísima para el recluso liberado y para la sociedad que procura ampararse contra la reincidencia. Es indispensable también

proporcionar asistencia posliberacional a excarcelados enfermos, principalmente a quienes requieren de tratamiento psiquiátrico entre otros.

Es importante mencionar que a pesar de la importancia posliberacional esta es nula en nuestro país

3.4 COMENTARIOS SOBRE LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN

Los sustitutivos de la pena de prisión o pena de privación de libertad, pueden ser contemplados con varios criterios.

A) En consideración exclusiva a la concreta pena de prisión decretada por el juez de la causa. Para este criterio lo sustancial es el tiempo de privación de libertad marcado en la resolución judicial, sin que interese de qué delito se trata.

B) En consideración exclusiva al tipo de delito de que se trate. Lo sustancial dentro de este criterio es la naturaleza del ilícito penal que se cometió, sin importar el plazo de privación de libertad que se hubiere señalado en la condena.

C). Criterio mixto que contempla el quantum de la privación de libertad y la naturaleza del delito cometido, para determinar la procedencia del delito cometido.

De acuerdo a lo apuntado, estimamos que el Código Penal aplicable en materia federal y en el Distrito Federal, sigue el criterio A), porque el indicador principal para determinar la procedencia de un sustitutivo de la pena de prisión es el plazo de privación de libertad que señale la sentencia firme.

El artículo 70 del ordenamiento legal en cita, se enmarca en el aludido criterio al establecer que la sustitución de la condena de prisión es posible cuando no excede de 4 años, 3 años o 2 años, dependiendo del sustitutivo.

De lege ferenda se estima que nuestro ordenamiento penal, debería establecer la procedencia de los sustitutivos en atención al tipo de delito cometido. El legislador tácitamente califica los hechos delictivos desde los de mínima gravedad hasta los de gravedad máxima de acuerdo con las penas que para cada delito plasma en las leyes. Así, uno de los delitos de mayor gravedad es el homicidio calificado cuyo autor puede merecer hasta 50 años de prisión que, de conformidad con el artículo 25 del Código Penal es lo más a lo que se puede condenar; por otra parte, encontramos delitos de la menor gravedad como el de hostigamiento sexual previsto en el artículo 259 bis de tal ordenamiento, para cuyo autor

está señalada una pena de hasta 40 días multa. Desde luego la naturaleza de la infracción (atendiendo al bien jurídico, a las personas que intervienen, a las circunstancias objetivas o subjetivas que concurren, etc.) es considerada en el señalamiento del mínimo y del máximo que la ley refiere, pero existen casos en que los límites de la pena son abismales, como por ejemplo, acontece con el delito de traición a la patria del artículo 123 del Código Penal en donde la prisión está señalada de un mínimo de 5 años a un máximo de 40 años; o bien, se trata de delitos que no causan alarma social (causan alarma entre otros el homicidio, el secuestro, la violación, el robo, las lesiones, porque los seres que conforman el grupo social sienten menguada su seguridad ante la existencia de los autores de estos hechos, existen otro tipo de ilícitos como el contrabando y las defraudaciones, que no generan la citada alarma) y el condenado puede ser sustraído de estar privado de su libertad sin menoscabo de los fines de prevención general y especial asignados a la pena de prisión.

El tipo de sustitutivo dependería del carácter de cada ilícito. Se descartan hechos delictivos que por ser de alta y media gravedad, quedarían excluidos de la posibilidad de la conmutación. En este sentido se sugieren las siguientes clases de sustitutos de acuerdo a la clase de delito:

- 1.- Delitos de carácter patrimonial por multa, trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en libertad.

2.- Delitos leves culposos cometidos en el tránsito de vehículos (lesiones y daños) por privación de derechos para conducir y tratamiento en libertad .

3.- Delitos graves culposos cometidos en el tránsito de vehículos (homicidio y lesiones graves) por tratamiento en semilibertad y trabajo en favor de al comunidad.

4.- Otros delitos con el sustitutivo idóneo.

Para llegar a este intento de clasificación hemos considerado lo siguiente: el problema del sustitutivo idóneo es no llegar a perder la finalidad de prevención especial de la pena. Si el delincuente observa que la responsabilidad penal la puede fácilmente evadir con algún medio sustitutivo a su alcance, por ejemplo que cuenta con suficientes recursos económicos para cubrir la multa sustituta, el sentimiento de respeto hacia el derecho se perderá. El sustituto idóneo es aquél que, entre varios, resulte de mayor significación para el condenado, a condición de que sea alguno que sí pueda cumplir. Con esto, la conmutación de la prisión por multa, tratamiento en libertad o en semilibertad y trabajos en favor de la comunidad, dependerá de las especiales circunstancias del infractor. He aquí la importancia del juez de ejecución de sentencias.

CONCLUSIONES

La Historia, además de ser una simple narración de acontecimientos, no enseña cómo han evolucionado las creaciones del ser humano; una de ellas, la pena de prisión. Cómo fue concebida, para qué se estableció y qué esencia tenía.

Una reflexión producto de la Historia es la siguiente: actualmente hablamos de los sustitutivos de la pena de prisión, es decir de penas alternas cuya finalidad es no dejar impune el hecho delictivo y, atendiendo a la personalidad de cada individuo, cambiarla por otra de calidad menos grave. La pena no puede dejar de ser pena.

Pero si nos remontamos a las primeras civilizaciones, entre ellas la de oriente medio, encontraremos que la pena de prisión no existía propiamente, dado que se estilaban las de muerte del responsable, muerte de alguien allegado al responsable, mutilación, azotes, exilio y otras torturas, multas y confiscaciones, Así se aprecia del Código de Hammurabi (Siglo XVII A.C.). Desde luego que en relación a la pena de muerte, mutilación y azotes, la pena de prisión pudo haber sido una dulcificación del castigo, porque la generalidad de los seres humanos se aferran a la vida. Este tipo de sustitución →muerte prisión subsiste en algunos de nuestros ordenamientos, el Código de Justicia militar. La pena de muerte puede ser sustituida por la prisión extraordinaria. También y como dato histórico, se encontraba este tipo de sustitución

en Códigos Penales (como los de Morelos y Nuevo León), que contemplaban la pena de prisión.

En la actualidad, la pena de prisión es la protagonista de la crueldad hacia el ser humano habiendo desplazado a la pena de muerte. Es negativa y sinónima de crueldad en tanto los resultados verificables de su aplicación, son negativos y distan de ser lo que con tanto fervor afirma la doctrina. Tal vez en ninguna otra rama de lo que en general sería el Derecho Penal, se aprecia tan abismal distancia entre teoría y práctica.

Aunque oculto, el legislador no puede negar el efecto nocivo de la pena y la prueba de ello es la existencia de sustitutivos de la prisión. Cuando se tiene la convicción de que en un sistema legal de prisión verdaderamente provoca daño a los sentenciados, no queda otro remedio que buscar la manera de atenuarlos mediante penas sustitutas. Debe reconocerse que la prisión en la actualidad no puede dejar de utilizarse. Si bien es seriamente cuestionada por su eficacia, desde el punto de vista social aleja a un ser peligroso de un determinado grupo social y, si bien el fin de protección no debe ser el primordial.

Los sustitutivos penales persiguen también una finalidad. Deben buscar la prevención especial del infractor sin menoscabo de los derechos de la víctima. Uno de los requisitos que mayor importancia

tiene en la concesión de un sustitutivo de la prisión, es la referente a la reparación o garantía del daño material y moral causado.

No obstante, la práctica parece desdeñar cualquier intento de otorgar bienestar al ser humano o de ocasionarle el menor daño, y los sustitutivos penales caen en la degradación porque: se aplican de manera arbitraria, o de manera arbitraria dejan de aplicarse, o los requisitos legales para su procedencia son difícilmente satisfechos por el sentenciado. La sustitución de la prisión puede significar en algunos casos, más daños al sentenciado que la misma ejecución de la pena de prisión.

Se estima que el fracaso parcial o total de los sustitutivos penales, está en el hecho de que no existe una autoridad ad hoc para ellos. Esto quiere dar la idea de que los sustitutivos de la prisión son aplicados por el juez que sentencia, que es una autoridad cuyo papel se centra de manera principal en el desarrollo del proceso y en conocer si el individuo es o no es penalmente responsable. La aplicación del sustitutivo es propiamente una acción mecánica. No existe autoridad cuyo papel central sea la aplicación de sustitutivos de la pena de prisión.

Uno de los problemas actuales que existen en nuestro país es el de la sustitución de la pena de prisión por otras formas de control social, pero previamente se debe insistir en su estudio, pues es por

todos conocido que la privación de la libertad es un fracaso, ya que hemos observado a través del tiempo que en lugar de para resocializar o readaptar al individuo la prisión solo es utilizada para castigar, provocando con ello que el individuo se llene de rencor y se envilezca, ya que sus resultados son dañosos; es por ello que debe insistirse en su estudio porque representa una realidad de negativa de nuestra sociedad y un producto de nuestra cultura. Se observa que a medida que pasa el tiempo se imponen penas privativas de libertad más largas que resultan menos eficaces.

También se ha comprobado que a mayor gravedad de las penas que son impuestas, es más la gravedad de los delitos, La creación de leyes no es la solución del problema, ya que contradice el principio de intervención mínima del Estado, pues se debe limitar su intervención punitiva.

Aun cuando la realidad nos indique que se deben aplicar susutitutivos de la pena de prisión, descriminalizar conductas, minimizar las penas, etc., si no se insiste en la promoción de que la sociedad haga conciencia, ahora ávida de retribucionismo, jamás lograremos el cambio que se busca, pero sí que se originen más problemas a la sociedad.

Es recomendable que se sigan llevando a cabo estudios sobre los sustituvos de la pena de prisión y se busque envolver en los mismos a la sociedad civil organizada para provocar los cambios que

se requieren y así podamos ver reflejado un modelo ideal en nuestra sociedad.

El calificativo de la "antisociabilidad", ha propiciado grandes errores judiciales, que son degeneratorios del sistema de justicia y reflejos de las subculturas que imperan en nuestra sociedad.

En este orden de ideas consideramos que la única alternativa a los fines de la pena es la sustitución de la prisión por otros medios como son: el arresto nocturno, el confinamiento, arresto de fin de semana, arresto vacacional, arresto domiciliario, trabajo obligatorio en libertad, multa, decomiso, reparación del daño, pública amonestación, tutela penal, caución de no ofender, clausura del establecimiento, tratamiento médico, privación de derecho de familia, privación de derechos cívicos, condena condicional, probation, parole, Indulto, amnistía, que permitan al individuo readaptarse para poder vivir en sociedad, recibiendo un tratamiento preliberacional y postliberacional.

PROPUESTAS.

La pena de prisión debe continuar vigente aunque tenga el papel principal en un esquema integral de sanciones. Las sanciones van de graves a leves y, en el primer extremo está la prisión.

Los sustitutivos penales no deben desaparecer. Para ello es menester darles un papel protagónico y "crearles" una autoridad específica.

Se propone crear una Ley de sustitución de la prisión, que contemple a una nueva autoridad que expresamente se encargará de sustituir tal pena. Con esto, el juez de autos o el juez de proceso, se limitará, en caso de encontrar penalmente responsable al acusado, a señalarle la pena de prisión que le corresponde.

De oficio o a petición de parte, el juez de sustitutivos penales, iniciará un procedimiento sumario, sin formalidades, en que se aborde como punto central, si procede la sustitución de la prisión, bajo que requisitos y que verifique que el sentenciado cumple con aquellos que son posteriores a la sustitución.

La propuesta implicará una serie de reformas al Código al de Procedimientos Penales y la Ley de Normas Mínimas.

BIBLIOGRAFIA

Adato, De Ibarra Victoria. "La Cárcel Preventiva de la Ciudad de México" (Lecumberri Vista por un juez), Ediciones Botas, México 1972.

Aguilera, Arévalo José, "La Rebelión de Oblatos", Guadalajara Jalisco. 10 octubre 1978.

Bacigalupo, Enrique, "Manual de Derecho Penal", Editorial Themis, Colombia 1994.

Beccaria, Cessare, "De los delitos y de las Penas", Editorial Themis, Colombia, 1994.

"Código Penal para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, 57a. Edición, México 1986.

Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, México 1971.

Cuello Calón Eugenio, "La Moderna Penalogía", Editorial Bosch, pág 621, Barcelona España, 1958.

De Sola Dueñas Angel, "Alternativas a la prisión", Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1986.

Fernández Muñoz Dolores Eugenia, "La Pena de Prisión Propuestas para sustituirla", Editorial UNAM, México, 1986.

García Ramírez Sergio, "El Final de Lecumberri", (Reflexiones sobre la Prisión), Editorial Porrúa, México 1979.

García, Ramírez Sergio, "Manual de Prisiones", Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1994.

García, Salinas David, "La Mansión del Delito", 1a. y 2a. parte, Populibros la Prensa, México 1992.

Garrido, Luis, "Ensayos Penales", Ediciones Botas, México 1992.

González Bustamante Juan José, "Principios de Derecho Procesal Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1970.

González Bustamante Juan José, "Colonia Penales e Instituciones Abiertas", Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, México 1956.

Hernández Pliego Julio A. "Programa de Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa, México 1996.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Kent Jorge, "Sustitutos de la Prisión, penas en libertad y penas sin libertad", Editorial Abeledo Perrot, Argentina.

Malo, Camacho Gustavo, "Historia de las Cárceles en México", Cuaderno No. 5 Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979.

Ojeda Velázquez Jorge, "Derecho Punitivo", Editorial Trillas, México 1993.

Ojeda, Velázquez Jorge, "Derecho de Ejecución de Penas", Editorial Porrúa, México 1985.

Piña y Palacios, "Islas Marías" (historia), Cuadernos de Criminalia, Ediciones Botas, México 1971

Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal" Editorial Porrúa, México, 1985.

Rodríguez Manzanera Luis, "La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión", Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, número 13, México 1984.

Rodríguez Manzanera Luis, "Clásicos de la Criminología", Editorial Cárdenas, México 1994.

Sarre Miguel, "Sustitutos a la prisión Preventiva", Revista Criminalia, Mayo-Agosto, México 1994.

Textos de Capacitación Técnico Penitenciaria, Módulo Jurídico I. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1991.

Textos de Capacitación Técnico Penitenciaria, Módulo Criminológico I. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1991.

Textos de Capacitación Técnico Penitenciaria, Módulo Médico I. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1991.

Textos de Capacitación Técnico Penitenciaria, Módulo Criminológico II. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1992.

Textos de Capacitación Técnico penitenciaria II. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1992.

Vargas, José Luis, "Clasificación de prisiones", Cuadernos d Criminalia No. 17, Ediciones Botas, México 1952.

Vega, Garza Enrique, "La Cárcel Conflictos Humanos". B. Costa Amic, Editor, México 1974.

LEYES Y REGLAMENTOS.

Acuerdo A/005/96, emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 1996.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 57a. edición, México 1996.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 51a. edición, México 1997.

Iniciativa y Ley para el establecimiento del Sistema Penitenciario en el Distrito y Territorios, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1848.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 1996.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1996.