

370



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

EL FRACASO DEL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO EN LA READAPTACION SOCIAL

T E S I S

Q U E P R E S E N T A :

CESAR HERRERA CEJUDO

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR: DR. FERNANDO SERRANO MIGALLON



CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D.F.,

2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO**

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E**

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno, **HERRERA CEJUDO CESAR MIGUEL ANGEL**, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "**EL FRACASO DEL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO EN LA READAPTACION SOCIAL**", bajo la dirección del suscrito y del Dr. Fernando Serrano Migallón, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Dr. Serrano Migallón, en oficio de fecha 30 de octubre de 2002, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento, suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., octubre 31 de 2002.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO

NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad

*fm

Dedicatorias

A DIOS:

LUZ Y ENERGIA INFINITA QUE SIEMPRE Y EN TODO MOMENTO HA ESTADO CERCA DE MI FAMILIA Y DE MI SER.....

AL TEMPLO DEL MEDIO DÍA:

A TODOS MIS HERMANOS UNA INFINITA GRATITUD.

A MI PADRE:

DR. MIGUEL ANGEL HERRERA AGUILAR, HOMBRE EJEMPLAR EN LA VIDA Y MUESTRA DE EXCELSOS SENTIMIENTOS, SUPERACIÓN Y HONORABILIDAD.

A MI MADRE:

GRACIELA CEJUDO SÁNCHEZ, CON TODO MI AMOR Y CARIÑO POR DARME LA VIDA, SER UNA MUJER EXCEPCIONAL Y APOYARME EN MIS DECISIONES.

A MIS HERMANAS:

AMERICA Y TERE, EJEMPLO DE AMOR, BELLEZA, INTELIGENCIA, Y SIEMPRE CONTAR CON SU COMPRESIÓN EN TODO MOMENTO.

A MIS AMIGOS:

GRACIAS POR ESA AMISTAD FRATERNAL E INCONDICIONAL QUE SIEMPRE ME HAN DEMOSTRADO.

AL DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN:

"MAESTRO Y AMIGO, QUE AL SER UNA PERSONA DIGNA, ABOGADO DE RECTITUD NOTABLE CON UNA INTELIGENCIA BRILLANTE Y SOLEMNE, ME HA OTORGADO SU CONFIANZA, A LO QUE ESTARE EN TODO MOMENTO AGRADECIDO, Y MI LEALTAD SERÁ POR SIEMPRE"

INDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I. DELITO Y PENA	1
1.1 Derecho Penal	2
1.2 Conceptos Jurídicos del Delito	16
1.3 Elementos del Delito	25
1.4 Teoría de la Pena	32
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENITENCIARIO	71
2.1 Época Prehispánica	72
2.2 Época Colonial	78
2.3 México Independiente	82
2.4 Desarrollo Constitucional de la Pena de Privación de la Libertad	89
CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD	100
3.1 Constitución Política	102
3.2 Código Penal Federal	113
3.3 Ley que Establece Normas Mínimas para la Readaptación Social	119
3.4 Derecho Internacional	125

CAPÍTULO IV. HACIA UN SISTEMA PENITENCIARIO HUMANISTA 128

4.1 El Espíritu del Artículo 18 Constitucional 128

4.2 Mitos y Realidades del Sistema Penitenciario 135

4.3 Reincidencia o Readaptación 147

**4.4 Propuesta de Reformas a la Constitución y a los Códigos
Federal de Procedimientos Penales y al de Procedimientos
Penales para el D. F. 151**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El tema de la prisión supera en amplitud y profundidad a la importancia que suele concedérsele, porque si bien no es ella la única reacción propia del derecho penal, continúa siendo la más utilizada. Apareció como una pena más humanitaria que las existentes hasta entonces (la pena capital, las mutilaciones, la esclavitud, el calabozo y el destierro), y pese a las constantes modificaciones de que ha sido objeto, sigue siendo tan criticable como en sus inicios.

En épocas recientes, las reformas efectuadas a las prisiones fueron encaminadas a proporcionar al delincuente un tratamiento reformador, con objeto de modificar su conducta y actitudes, y reintegrarlo a la sociedad ya convertido en un sujeto distinto, que no delinquirá nuevamente.

Es necesario comenzar por la justificación que el Estado tiene para privar de su libertad a un ciudadano que ha delinquido. Esta situación depende de la imposición de una pena al sujeto autor de una conducta considerada como atentatoria de bienes fundamentales del ser humano, la cual dificulta la convivencia en comunidad.

Las penas se justifican sólo si cumplen una función razonable, y en este caso se trata justamente de esa necesidad de convivencia pacífica. Para las sociedades de hoy, la pena aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público, tal y como se le concibe actualmente.

No puede olvidarse que el derecho penal es un instrumento de control social, pero al mismo tiempo se debe recordar que debe ser el último recurso a utilizar. El tema sigue siendo debatido, pero entre los diversos puntos de vista expresados, a nuestro juicio dos son los más aceptados.

Para las teorías absolutas, el sentido de la pena es la retribución, el imponer un mal al sujeto que con su actuar cometió un mal. Asignan a la pena la única función de castigar, comúnmente explicada con la expresión de "pagar la deuda a la sociedad". La pena es justa por sí sola. Se castiga porque se ha delinquido.

En las teorías relativas encontramos dos posturas: la de prevención general entiende como el fin de la pena el intimidar a toda la colectividad para que se abstenga de delinquir, y para lograrlo hay que castigar al transgresor con objeto de que su castigo sirva de ejemplo. En cambio, las teorías de prevención especial ven como el fin de aplicar una pena el evitar que quien delinquiró vuelva a hacerlo, ya sea apartándolo del medio propicio para ello, o bien corrigiéndolo, readaptándolo a fin de que pueda volver a vivir en comunidad sin delinquir.

Parece entonces que sólo queda como justificación aceptable la prevención especial, la resocialización del delincuente. Para ello, entonces, debían seguir existiendo las cárceles, aunque bajo condiciones diferentes a las existentes.

La mera privación de libertad no sólo ha demostrado ser ineficaz en la lucha contra el aumento de la delincuencia, sino que, atendiendo a las cifras oficiales de reincidencia, hasta parece ser que la estimula.

Una primera explicación (sin pretender de ninguna manera analizar las diversas causas de la delincuencia) se encuentra en que la gran mayoría de los delincuentes, olvidando en este momento la llamada delincuencia económica o de cuello blanco, provienen de los estratos más bajos de la sociedad (desempleados, subempleados y obreros), sujetos con carencias sociales, y faltos de adecuadas condiciones para su desarrollo en el campo laboral, educativo y de salud, a quienes el hecho de ser enviados a prisión en su primera actividad delictiva les es totalmente desfavorable.

Además de su estancia en el presidio, les seguirá otra sanción, ésta informal, el estigma de "haber estado en la cárcel", de tener "antecedentes penales", que persistirá aún después de cumplida la condena, y que en nada le facilitará su vuelta al ámbito laboral, familiar y social.

La destrucción de los vínculos sociales del condenado con la familia, el lugar de trabajo y la vecindad, su separación de la sociedad libre, la inevitable confrontación de los internos con el personal, la imposición de programas de educación antipáticos, y la configuración de subculturas nocivas en el mundo de los presidiarios operan más bien una desocialización, en lugar de ayudar al condenado a reincorporarse a la sociedad libre.

En este orden de ideas el autor de tesis se propuso realizar un trabajo de investigación que contempla por un lado una especie de introducción al sistema penitenciario, partiendo de las teorías del delito y de la pena así como su evolución a la luz del derecho constitucional y por el otro, delimitar su marco jurídico, estableciendo las realidades que en la sociedad mexicana tiene como medio para la readaptación social, la que cuando menos en apariencia, ha

conducido a pensar que más que ayuda para los delincuentes en cuanto a su reintegración social, los centros de readaptación se han convertido en universidades de perfeccionamiento del crimen, haciendo nugatorio el espíritu consagrado en el artículo 18 de la Carta Magna y en los compromisos internacionales suscritos por el Ejecutivo en la materia, situación que puede ser resuelta mediante reformas a los artículos 18 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohibiendo la privación de la libertad a los primodelincuentes de delitos no considerados de gravedad y adecuando estos al estado actual de cosas, eliminando de los Códigos Penal Federal y para el Distrito Federal, aquellos delitos característicos del mundo contemporáneo que en realidad no representan un riesgo para la sociedad nacional.

En este orden de ideas en el primer capítulo se llevan a cabo algunas puntualizaciones sobre la dogmática penal que constituye la fundamentación lógica del derecho penitenciario. Analizando en consecuencia, los conceptos jurídicos del delito, sus elementos y la teoría de la pena.

En el segundo capítulo se hace una revisión sobre los aspectos más relevantes de la evolución del derecho penitenciario en la historia de México, razón por la que se estudia la época prehispánica, colonial, independiente para finalizar con una breve reseña del desarrollo constitucional de la pena de privación de la libertad.

En el tercer capítulo se analiza el marco jurídico relativo a la pena, considerando en primera instancia, lo establecido por nuestra Constitución Política sobre el particular y posteriormente la ley secundaria, incluyendo por supuesto el derecho internacional.

En el cuarto y último capítulo se lleva a cabo una propuesta de reformas en la que se considera tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como los Códigos de Procedimientos Penales tanto Federal como el del Distrito Federal.

CAPÍTULO I

DELITO Y PENA

Las conductas delictivas inducen a realizar algunas reflexiones. No creemos que los problemas más importantes se resuelvan con la amenaza de pena, sería esta una solución ingenua, además de ineficaz, pero sí creemos que hay parcelas del convivir humano, que han de ser resguardadas por ese "mínimo del mínimo ético" a que aludió Manzini, para referir la tarea o campo de acción del Derecho penal, con el único objeto de que la soberanía popular y con ello, la supremacía del Poder público, a través del *jus puniendi*, prevalezcan en la búsqueda del bien común y la salvaguarda de bienes jurídicos que han de ser tutelados por el Derecho, al ser valiosos para la sociedad, como democracia, representatividad o República.

Es imposible que el Código Penal cumpla a cabalidad su tarea, esto es, que colme la labor inmensa y tal vez inútil, de "codificar" el catálogo total de figuras delictivas.

El documento sería inmanejable y ajeno en su contenido mayor, a los cuerpos que lo inspiran.

De ahí que, el llamado Derecho penal especial, haya prosperado en el último cuarto del siglo pasado, cubriendo la labor penalística, en el enorme universo legislativo de hoy en día.

No obstante, es conveniente efectuar algunas puntualizaciones sobre la dogmática penal que constituye la fundamentación lógica del derecho penitenciario, materia de la presente tesis.

1.1 DERECHO PENAL

El estudio del derecho penal implica como en cualquier otra área, conocer el origen, concepto y radio de acción; de tal suerte que sea factible ubicar lo particular en lo general; es decir, el derecho penal en el contexto de la ciencia del derecho; ya lo menciona el maestro Luis Recasens Siches al plantear el problema de la localización del derecho en el universo estableciendo que: " el universo ofrece el espectáculo de una balumba abigarrada de casos multiformes, varios y heterogéneos. Del torbellino de cosas que en el mundo encontramos, entresaquemos la mención de algunas pocas muestras; y hagámoslas desfilar ante nuestra consideración, de momento en tropel desordenado y fortuito, precisamente para adquirir con mayor relieve esa impresión de superlativa diversidad".¹

Así se hará con el delito, parte vital de la estructura del derecho punitivo, pues el ilícito penal aparece como una conducta cuya valoración jurídica y determinación delictiva requiere estar tipificada, o sea, consignada en la parte especial del Código penal o una ley de igual esencia. Debe cumplirse el principio *Nulum crimen sine previa lege*, la elaboración de los tipos penales y el establecimiento de sus correspondientes sanciones como cualquier otra norma jurídica corresponden a la función legislativa exclusivamente, a su vez, ésta tiene otras fuentes de entre las

¹ Recasens Siches, Luis; *Introducción al Estudio del Derecho*; Porrúa, México, 2000, p. 116 y ss.

cuales se encuentra principalmente la costumbre y cuando de ella surge la necesidad de proteger un interés social, el legislador la eleva a la categoría de bien jurídico. Por ello, es necesario razonar en forma somera y referirse a los usos sociales y a las prácticas permanentes de los individuos dentro de la sociedad, para tener noción de los elementos cuyo origen constituye en el legislador, la inspiración y la interpretación real de las necesidades, carencias y anhelos de un pueblo, como lo explica el ya referido autor al analizar la manera de articular las ideas de valor con los hechos históricos y las ideas jurídicas o programas de derecho justo: "se trata, en lo que se refiere a la realización de las exigencias normativas ideales de los valores pertinentes, de armonizar el cumplimiento de esas exigencias ideales con las circunstancias histórico-sociales concretas de cada lugar y de cada momento".²

García Máynez, para dar una idea visible de lo tocante a las fuentes, se refiere a una metáfora bastante feliz de Claude Du Pasquier: "Remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que las aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica, es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho".³

Así, es posible encontrar en todos los autores y en todas las doctrinas una corriente uniforme, aceptando a la costumbre como fenómeno universal, compareciendo a través de la evolución de los pueblos, por la voluntad y la acción de los individuos. Se presenta la costumbre en una forma original y muy propia, íntimamente unida a todos los campos sociales; así, las estructuras de los pueblos han sufrido estas modificaciones para transformar a esta fuente con otros aspectos y

² *Ibidem.*

³ García Máynez, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; Porrúa, México, 2002, p. 73.

otros matices impuestos por dichas alteraciones, considerándose así fuente y elemento constitutivo de las organizaciones sociales; acertadamente nos dice el sociólogo y jurista mexicano Antonio Caso: "Así como no hay vida individual sin actos no existe vida social sin costumbres."⁴

Andrés Serra Rojas hace un resumen citando a Stammler, quien formula esta consideración: "Si suponemos que hubo en un tiempo en siglos remotos en que no existía ni derecho ni leyes, podemos preguntarnos cuándo ha desaparecido tal estado de cosas o, en otros términos, cómo apareció el primer orden jurídico",⁵ el autor de la presente tesis, considera que esto sucede en el preciso momento en que se manifiestan actos contrarios a la costumbre y la necesidad de asegurar la persistencia de la misma en bien de la sociedad, aunque también se pudo haber dado y se dio en forma similar, concomitante y consecuente al surgimiento del derecho y del Estado, fenómenos sociales por excelencia creadores del orden dentro del cual se sitúan las acciones del profesional del Derecho.

Como el hombre vive agrupado no debe realizar conductas lesivas a los intereses de sus semejantes, en consecuencia, se necesita de un orden para tratar de evitar dichas conductas negativas y es precisamente la norma jurídica la idónea para lograr el respeto de los intereses necesarios para conservar el orden social, por tanto, la ley penal aparece como un conjunto de normas de contenido moral y social provistas de una sanción trascendente.

⁴ Caso, Antonio; *Sociología*; Limusa, México, 1991, p. 34.

⁵ Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*; Porrúa, México, 2000, p. 21.

La teoría pura considera al derecho como un orden cuya característica específica es la coercibilidad. En la norma jurídica apreciamos su revelación como una proposición hipotética y vinculada de una consecuencia a un hecho condicionante; de la aplicación de la fórmula denominada norma primaria por Kelsen: si A es debe ser B, deriva la norma secundaria estableciendo la obligación positiva o negativa, cuyo incumplimiento origina la consecuencia o coacción.⁶ García Máynez habla de la estructura diciendo: Si A es debe ser B, si B no es debe ser C; donde se considera a la literal "A" como el supuesto generador de la obligación, a "B" la obligación, a no "B" incumplimiento de la obligación y a "C" será la sanción. Kelsen dice, respecto a la estructura jurídica que en ciertas circunstancias una persona debe comportarse en determinada forma, si no lo hace así otra persona "órgano del Estado" le impondrá una sanción siguiendo un procedimiento específico.

Respecto a la sanción, resulta útil determinar su noción en forma primordial, García Máynez la considera: "como la consecuencia jurídica creada por el incumplimiento de un deber acarreada en relación con el obligado"; este mismo autor explica que: "Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de pena. La pena es la forma más característica del castigo".⁷

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito. Cuello Calón afirma que "Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". Es el mal que el juez inflige al

⁶ Kelsen, Hans; *Teoría Pura del Derecho*; Eudeba, Argentina, 2000, p. 138.

⁷ García Máynez, E.; *op cit*, p. 39.

delincuente a causa de un delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Así la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.⁸

Es decir, la pena hiera al delincuente en la medida que le importa una restricción en su esfera jurídica, en caso de que la impuesta sea privativa de libertad, lo anterior con independencia de su capacidad para comprender el daño que ha causado, estas penas tienen como características:

- a) Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedad, honor, o vida,
- b) Es impuesta por el Estado para la consecución del orden jurídico. Los males o sufrimientos impuestos por el Estado persiguen fines disciplinarios para sancionar las conductas ilícitas.
- c) Ha de ser personal, pues nadie puede ser castigado por hechos ajenos.
- d) Debe ser establecida por la ley, como consecuencia jurídica donde de acuerdo con la misma ley tenga carácter de delito.⁹

⁸ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. 8ª ed. Porrúa, México. 1987. p. 534.

⁹ Ibidem.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Por su parte, Hans Kelsen dice:

El derecho es un orden coactivo, esa coactividad se le llama sanción. Las sanciones jurídicas son actos de seres humanos previstos por normas creadas por los hombres, constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece, como orden coactivo. El acto coactivo consiste en la privación forzada y es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.¹⁰

El derecho es un orden esencialmente coactivo, sólo se comprende propiamente a la norma jurídica cuando establece la coacción, únicamente puede conseguirse un sistema de derecho cuando se fijan esos condicionantes y su consecuencia condicionada (sanción), es decir, es necesaria la referencia a la obligación cuyo incumplimiento por parte del obligado configura la consecuencia, basta establecer el hecho condicionante, por ejemplo: "Quien prive la vida a otro comete el delito de homicidio", y su sanción: "Privarlo de su libertad personal por un tiempo comprendido entre los ocho y veinte años". Se excluye por estar implícito en el hecho condicionante, el deber jurídico, no se debe de privar de la vida a otro, pues no es necesario el fundar la norma expresando ese deber, cuando es suficiente mencionar el hecho condicionante: quien prive de la vida se le deberá aplicar cierta sanción.

El "deber ser" indudablemente es la liga entre la consecuencia y el hecho condicionante, lo cual significa poder llegar a no ser, por estar en el ámbito de lo normativo y no de lo necesario.

¹⁰ Kelsen, Hans: op cit. p. 139.

Considerando desde un punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen, sólo tienen importancia para el derecho así conseguido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde ese punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas. Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por ese acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo, cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conforme a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Solamente el hombre es quien actúa observando o violando el derecho. En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea, la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a ese efecto son regulados por las normas jurídicas.

El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea, la creación de normas jurídicas generales bajo las formas de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último, los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas.

También ellos tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas. Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas. La categoría lógica del deber ser o de la norma nos dan tan sólo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia que está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre derecho y moral; ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia inculpada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción.

Todos los órdenes estáticos o sistemas estáticos se caracterizan por:

- a) La norma fundamental vale por su contenido al estimarse justo, bueno, divino, etcétera.
- b) Del contenido de las formas fundamentales se pueden deducir lógicamente, de modo estático, las demás normas integrantes en cuestión. Al estar implícitas en la forma fundamental, decimos, es estar contenido lo particular en lo general.

Los órdenes dinámicos constituyen el aspecto negativo de los estáticos.

- a) La norma fundamental no vale por su contenido aunque sea justa, buena, divina, etcétera.

b) Las normas integrantes del orden dinámico no se derivan lógicamente de la norma fundamental. Sus formas positivas serán:

1. La norma fundamental de un orden dinámico establece el proceso de creación de las normas integrantes del orden, los órganos y los contenidos.
2. Las normas componentes del orden son creadas de conformidad con la norma fundamental. La norma fundamental es la superior, o sea, no es inferior a otra, es la cúspide de la pirámide jurídica, en la norma superior se establece el proceso de creación y contenido de una inferior, siendo ésta la creada por ese proceso establecido en la anterior.

Al derecho penal no debe asignársele una función utilitaria en beneficio de la política del Estado o para amparar bienes jurídicos particulares concretos como lo enfocó el nacional-socialismo. A través de cual, es factible apreciar, claramente la forma en que funciona este tipo de política: con la intención de ser más específicos sobre este aspecto, a continuación se presenta a grandes rasgos, un panorama general de los alcances y objetivos de este tipo de gobierno.

El nacional socialismo, inicia su verdadera vida jurídica a partir de 1933, en que Hitler persuade al Presidente Hindenburg de emitir un decreto para la protección del Estado y del pueblo. Este decreto suspendía la aplicación de la Constitución de la República que consagraba las garantías individuales y las libertades civiles. Así a partir de ese momento, muere la democracia parlamentaria alemana y con ella la República de Weimar, se aprueba la ley de habilitación a favor de Hitler y su gabinete. El aparato jurídico del nacional socialismo entra de lleno en la escena política de la historia.

El tiro de gracia al federalismo alemán lo dio Hitler con la ley del 30 de enero de 1934, que declara al partido nazi como el único legalmente establecido en Alemania. Según sus propias declaraciones la única forma en que el nacional-socialismo triunfaría verdaderamente en el mundo, era mediante la reducción del pueblo alemán a través de la matanza de los judíos.

La primea manifestación formal del derecho racista del III Reich la constituyen las leyes de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935, que privaron a los judíos alemanes de sus derechos civiles, siendo reducidos a sujetos sin personalidad jurídica.

Para el 26 de enero de 1937, la nueva ley de funcionarios estableció el derecho del gobierno para destituir a cualquier funcionario, incluidos los judiciales, por ideas políticas dudosas. Las propias instituciones jurídicas también fueron atacadas, así por ejemplo, con la ley del 24 de abril de 1934, desaparece la Suprema Corte de Alemania, Reichsgericht, siendo sustituida por la llamada Corte del Pueblo, Volksgerichtshof, máximo tribunal alemán.

Una de las instituciones en las que se confió el poder jurídico fue la tristemente célebre Gestapo, la cual sustituye a la antigua policía política de Prusia en 1933. En principio no pasaba de ser una especie de guardia; entrando en funciones realmente, hasta 1934 cuando Himmler es nombrado jefe de la misma. A partir de ese momento, la Gestapo se desarrolló como brazo ejecutor de la S.S, Servicio de Seguridad y de las S. D. (Sicherheitsdienst). Reinhard Heydrich dirigió esta institución y fue autor de su unificación por la ley del 16 de junio de 1936. Autorizado

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

por la ley tenía una especie de franquicia para asesinar a los enemigos del Estado sin necesidad de averiguación previa.

Desde 1935, la Corte determinó que las acciones de la Gestapo no podían ser objeto de examen judicial, el estatuto legal de la misma, publicado el 10 de febrero de 1936, pone a esta policía por encima de la ley. El derecho del Estado a cometer genocidio fue contemplado en un instrumento legal denominado Sobrevivencia Protegida, Schutzhaft, que se ejerció después de la ley del 28 de febrero de 1933, y consistió originalmente en el confinamiento, durante el cual ningún derecho aplicaba.

Conforme a lo expuesto, resulta evidente que el nacional-socialismo considera al Estado como una entidad en sí mismo, como una persona jurídica abstracta, si se subvierten los principios resulta que para las nociones nacionalistas y racistas, la base de toda teoría política es el pueblo y no el Estado con todos sus elementos. Destacando las notas de la supuesta superioridad del pueblo, se pretende marcar que lo anterior, no es en el fondo, sino el resultado de la diversidad de concepciones entre las tradiciones germánica y latina.

Entonces se tiene que en la tradición germánica ostentada por el nazismo, el Estado consiste en un sistema de comunidades (clan, familia, pueblo) que se componen al mismo tiempo de unidades más pequeñas. Dentro de estas células transcurre la vida del individuo, fuera de ellas la vida cívica se agota, se destruye y quien sale de esta órbita lleva una vida más o menos vegetativa pero no humana. Se entiende que como dicen Stukart y Globke, ideólogos nazis, "El Estado no es, pues "otra" cosa en contradicción al camarada, ni tampoco algo "por encima" del

camarada. Antes bien, los camaradas de la comunidad, en su totalidad, constituyen el Estado".¹¹

Por otro lado, la tradición romanista y neorromanista ha considerado al Estado como una persona jurídica, que con todo su aparato se sitúa como centro político de la comunidad, y aquí encontramos dos fuerzas que se enfrentan y hasta se contraponen: el individuo libre e independiente y la totalidad de los individuos reunidos en sociedad, de modo tal que se entiende que el Estado es una persona jurídica diferente a los gobernados.

Ahora bien, el nazismo modificó fundamentalmente la tradición jurídica de la teoría política, especialmente en lo que se refiere al concepto, esencia y contenido de la nacionalidad y la ciudadanía. Frik, ministro del Reich decía: "el nacional-socialismo deriva de la más poderosa de todas las tradiciones de la Tierra: de la eternidad del pueblo que siempre se renueva"¹², en tal sentido la demagogia nazi pretendió llevar el concepto de pueblo al núcleo de la vida jurídica, de cualquier modo faltaría aclarar quien puede adjudicarse el título legítimo de pueblo, especialmente si se quiere que tal pueblo, sea el único en el territorio comprendido dentro de unas fronteras políticas convencionales.

El siguiente paso lógico, aunque parezca contradictorio, es el supremo poder del Estado sobre todas las entidades que se encuentran en su territorio, porque habiendo sido desprendido de su personalidad se convierte en la organización política nacional del organismo viviente que es el pueblo, de este modo transforma la

¹¹ STUCKART y GLOBKE, *La Cultura Nazi*. Barcelona, 1986, p. 340.

¹² *Ibidem*, p. 342.

más acabada forma de la voluntad de la nación por encima de la existencia misma del Estado.

Los ideólogos nazis realizaron malabares intelectuales a fin de dar forma y camino al Estado totalitario, si bien es cierto que el Estado ha sido desprovisto de su personalidad abstracta, el Estado por sí mismo, no ha sido privado de significación, al contrario, ahora su única significación consiste en adaptarse, como estructura organizacional, al espíritu y carácter del pueblo. Del mismo modo, aunque el Estado no tenga personalidad, esto no implica que no intervenga como autoridad en la vida de los gobernados. Por el contrario, el Reich como magna obra de constitución y organización del pueblo-raza-nación, no sólo es el único facultado para invadir la esfera jurídica de los gobernados, sino que incluso lo hará legítimamente y sin límites, ya que al emanar del más íntimo espíritu del pueblo alemán, ninguna de sus formas de manifestarse pueden estar prohibidas. He aquí la forma más primitiva, brutal y simplista del totalitarismo.

Así, el ser humano sólo se concibe como un ente ligado a su congéneres que le son similares física y psicológicamente, a los cuales está unido por lazos consanguíneos, no hay nada fuera de la Nación y el Estado. Al individuo no se le debe protección alguna contra los ataques del Estado, porque en ningún caso el Estado se le contraponen, primero porque el individuo no existe, y segundo, porque el Estado sólo entra en contacto con su fuente genitora, a la cual ha superado y dominado, la raza y el pueblo.

Del mismo modo todos los deberes sociales y políticos, así como los derechos inherentes al individuo se entienden en función de su servicio a la sociedad, la cual

puede fijarle sus necesidades de acuerdo con el estatus social y profesional que desempeñe, el nuevo paso es añadir el ingrediente racial ario. "La ciudadanía del Reich, es el pueblo en su configuración política. La adquisición de la ciudadanía pone al camarada racial perteneciente al Estado en plena posesión de los derechos y deberes que dimanen de su condición de miembro de la Nación. La Ley de Ciudadanía del Reich asigna al ciudadano nacional o alemán de sangre allegada, su lugar adecuado como miembro pleno de la comunidad nacional. Esta condición de miembro produce plenos derechos y deberes políticos".¹³

Así pues, cabe reiterar, que de ninguna manera puede asignársele al derecho penal, una función en beneficio única y exclusivamente del Estado, como se describe anteriormente; sino un fin ético-social esencial para asegurar a los ciudadanos el permanente respeto de los bienes jurídicos, es decir, el respeto al Estado, a la persona, a su vida, a su libertad, a su salud, a sus bienes, a su honor, etcétera, en cuanto son el verdadero fundamento del Estado el individuo.

Welzel en su estudio de la teoría de la acción finalista dice que solamente donde la función ético-social del derecho penal no puede tener alguna eficacia, se debe recurrir a la función puramente preventiva de precaución: así respecto a personas que no son capaces de un compromiso ético-social, que dejan de serlo o que no lo son en escala suficiente, por lo tanto, en enfermos mentales y en los graves criminales habituales. Para el grupo relativamente pequeño de los criminales habituales, caracterológicamente la mayoría de las veces, gravemente las más de las

¹³ *Ibidem*, p. 345.

veces, gravemente degenerados, y los enfermos mentalmente peligrosos, deben aplicarse en lugar de las penas las medidas preventivas de seguridad.¹⁴

Respecto a las personas incapaces de un comportamiento positivamente social, como lo son los enajenados y enfermos mentales, es decir, los imposibilitados a tener un comportamiento ético-social, debe encontrarse una forma diferente para dirigir ese deber de aseguramiento emanado de la función ético-social del derecho penal, como es el recluirlas en sanatorios y departamentos especiales para lograr su curación.

El valor ético-social por excelencia es la justicia y, como virtud ética fundamental, es impensable sin la noción de la comunidad de los hombres; la proclama: "No todo para mí sino lo mismo para mí y los otros" le da su rasgo característico. Frente a este valor falla todo intento de fundar una filosofía moral individualista, pues la justicia, según nuestro concepto, es la tendencia opuesta al brutal egoísmo del particular, quien exige todo para él, pues poco le importan los demás, cuando lo relevante es la igualdad entre los iguales y el trato compensativo desigual para los desiguales, en busca del bien humano individual y de la comunidad.

1.2 CONCEPTOS JURÍDICOS DEL DELITO

Para explicar los conceptos jurídicos debe partirse del concepto elemental del delito. Este ente ha sido estudiado a lo largo de los tiempos como una relación

¹⁴ Welzel, Hans, *Teoría de la Acción Finalista*, Depalma, Argentina, 1991, p. 48 y ss.

jurídica entre gobierno y gobernados, cuyo origen y surgimiento es la actividad humana estimada legislativamente como contraria al orden ético-social.

Delito, *delictum* proviene de la raíz latina *delinquere*, que quiere decir: abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".¹⁵

Al estudio científico integral del derecho le preocupa su contenido y repercusiones sociales, fundamentalmente en la rama referida al delito que a su vez, es estudiado desde otros puntos de vista, como lo considera la historia, la sociología, la filosofía, la antropología, la psicología, entre otras disciplinas. El devenir histórico demuestra cómo en los pueblos primitivos existió una preocupación por guardar un orden, para su logro y conservación se hizo indispensable el uso del poder, de donde derecho y poder no puedan considerarse incompatibles, sino complementarios, donde el derecho como concepto abstracto, general e impersonal necesita de la fuerza indispensable que permita su aplicación.

A ese poder aplicado por los pueblos antiguos le podemos llamar fuerza bruta, actualmente la traducimos en coercibilidad, es decir, el derecho admite un cumplimiento no espontáneo: por otra parte, castiga a quienes lesionan los bienes jurídicos en función del derecho penal, conjunto de normas que determinan un delito y las penas que el poder social debe imponer a sus autores.

Castellanos Tena citando a Carrara, define el delito como: "La infracción de la ley de Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un

¹⁵ Castellanos Tena, Fernando, *Líneamientos Elementales de Derecho Penal*; Porrúa, México, 2001, p. 125.

acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso." ¹⁶

Garófalo estructura un concepto sociológico del delito al explicar: "Es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida medja indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad"¹⁷, apreciándolo como un hecho natural y con base en la coalición cultural de los pueblos y los sentimientos afectados por los resultados delictuosos.

Jiménez de Asúa define al delito "como un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado".¹⁸ Citando a Edmundo Mezger ofrece una breve noción jurídica formal al decir: "Delito es una acción típicamente antijurídica y culpable."¹⁹

Dentro de la noción jurídica substancial se habla de dos sistemas de estudios: el totalizador y el analítico; el primero considera imposible dividir al delito para su estudio, el otro acepta su división para estudiarlo en sus elementos constitutivos. De Cuello Calón se obtiene una noción substancial: "El delito es toda acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".²⁰ En cambio, para Von Liszt: "El delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena."²¹

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis; *Tratado de Derecho Penal*; Lozada, Argentina, 1998, Tomo III, p 159.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Cuello Calón, Eugenio; *Derecho Penal*; Moach, España, 1989, p. 53.

²¹ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco; *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2000, p. 29.

Maggiore da un concepto formal y otro real; en la primera forma llama delito "a toda acción legalmente punible",²² y en la segunda a "toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y por eso merece aquella grave sanción que es la pena; en otros términos: delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido"

Castellanos Tena, refiriéndose a las nociones de otros autores, cita a Jiménez de Asúa, quien expresa: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." También menciona al marqués de Beccaria, quien resume el pensamiento liberal de su época en pugna con la barbarie penal imperante, a quien se debe la siguiente fórmula derivada del contrato social de Juan Jacobo Rousseau: el principio de la legalidad formal del delito y de la pena: Nadie podrá ser castigado por un acto u omisión no consignado con anterioridad en una ley, ni imponérsele pena que la ley no hubiere establecido previamente.

La Filosofía de todos los tiempos –escribe Carrancá y Trujillo-, ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación. Para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificase el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas. La Iglesia, después, refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia, el pecador se somete a la ley divina y

²² Maggiore, Giuseppe; **Derecho Penal: El delito**; Temis, Colombia, 1994, p. 3.

logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución.²³

La edad media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndose con la razón de Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos; las penas aplicadas a los delitos quedaron, por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas. En el humanismo y el renacimiento sienta Grocio la base contractual del Derecho Penal; el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena. Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral.²⁴

Puede afirmarse que a partir de su gran obra en 1764, se despierta el entusiasmo por los estudios serios y sistematizados del derecho represivo y poco a poco se va iniciando una corriente de pensamiento a la cual se le denominó escuela clásica, en realidad no integra un todo unitario, pues dentro de su mismo seno se encuentran ideas opuestas y a veces contradictorias.²⁵

Después del libro de Beccaria se publica la obra de Giandomenico Romagnosi *Genesi del Diritto Penale*, en donde niega que el fundamento del Derecho Penal se encuentra en el contrato social y lo afirma en el imperio de la necesidad. No considera Romagnosi, señala Eusebio Gómez que la prevención del delito haya de limitarse a la que la pena pueda ejercer. Propone, por eso, otros medios preventivos

²³ Castellanos, Fernando, *Líneamientos Elementales de Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001, pp. 51-52

²⁴ Carranca y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, t. I, Porrúa, México, 2001 p. 82.

²⁵ Castellanos Tena, Fernando, op cit, pp. 52 y ss.

de diversa índole, que deben oponerse a las causas del fenómeno delictuoso. Y es en el estudio y clasificación de esas causas donde encuentra su fundamento la opinión generalizada, y por cierto no discutible, de que Romagnosi (1761-1835) es, como Florián uno de los patriarcas del positivismo penal, junto con Bentham y Feuerbach, aunque sus doctrinas no se apoyen en los datos de la experiencia, de que no se disponía en la época en que fueron elaboradas.²⁶

Federico Hegel (1770-1831). "Entiende que a la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito."²⁷

Francesco Carrara, ilustre jurista, consagró su vida no sólo a la jurisprudencia, sino también a la ciencia en general, a la filosofía y a la literatura; sucedió a Carmagnani en la cátedra del Derecho Penal en la Universidad de Pisa. Está considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dio una sistematización impecable, ha sido objeto de grandes elogios, no solo por parte de los seguidores de su pensamiento, sino también de los positivistas, sus contradictores. Eusebio Gómez, el destacado penalista argentino contemporáneo, aún afiliado al positivismo, escribe: "El conjunto de las doctrinas de Francesco Carrara representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. El sabio maestro de Pisa, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente de pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de César Becaría. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema, la propia Escuela Clásica

²⁶ Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Ormeba, Argentina, 1994 p. 58.

²⁷ Castellanos Tena, Fernando, op cit, p. 53.

—como fuera bautizada por Ferri—, y que bien podría llevar su nombre. Enrique Ferri, que fue su inagotable contradictor, admiraba en Carrara la agudeza de su ingenio y su lógica poderosa; y era innegable para él que con el *Programa*, había elevado un maravilloso edificio científico, no solamente en la parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena, sino en las partes más íntimas y menos estudiadas de los delitos en particular, que son los verdaderos temas de aplicación diaria de las doctrinas generales.²⁸

Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales; una voluntad inteligente y libre, y un hecho exterior lascivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo. La Imputabilidad penal se funda en el principio de libre albedrío.

Estudiando los diversos conceptos que sobre el delito se han elaborado, Martínez Inclán afirma la existencia de tres elementos constantes de la norma jurídica penal, dos de los cuales tienen estructura formal y permanente, aunque influidos y determinados tanto por el tiempo como por el lugar acerca del cambiante tercer elemento. Los dos primeros son el elemento objetivo y la sanción, es decir, lo que se castiga y la pena. El tercer elemento es la reprochabilidad o sea, el porqué debe castigarse, en sus dos aspectos objetivo y subjetivo. Afirmando que en un

²⁸ *Ibidem*, pp. 54-55.

principio la reprochabilidad subjetiva era ajena a los dos elementos, radicando en la aplicación del titular del poder quien tan sólo tomaba en consideración la lesión a los intereses protegidos; originando así que se pretende castigar a los animales, a la naturaleza, a los dioses, cómo imponer castigo a dos personas autoras de la misma lesión e idéntico interés, no obstante ser su conducta opuesta en el orden subjetivo, dolosa o culposa.

Con el advenimiento del humanismo, la reprochabilidad tuvo que analizarse ya en la subjetividad del autor de la lesión, desapareciendo así los absurdos planteados, pues tan sólo son reprochables los seres humanos imputables y en el grado en que participe su voluntad de comportamiento.

A continuación se ofrece un concepto material de delito: es la conducta objetiva y subjetivamente reprochable, añadiendo para integrar el concepto de norma penal acreedora a una sanción penal o de otro modo dicho, la valorización de una conducta que ha lesionado un bien jurídico para efectuar la determinación de la responsabilidad penal de su autor (sentencia de juez) conteniendo tres elementos. a saber:

1. **Formal**, La conducta contenida en la ley (delito desde el punto de vista formal, equivalente a la descripción de la posible lesión de un bien jurídico).
2. **Objetivo**. No estar autorizada expresamente por la ley dicha conducta (causas de justificación o ilicitud).
3. **Subjetivo**. Capacidad de orientar la voluntad hacia la realización de ciertos comportamientos para la obtención de ciertos resultados, así como de entender la licitud e ilicitud tanto de comportamiento como de los resultados (imputabilidad);

afirmando que la culpabilidad es una referencia para fijar el *quantum* de la pena, atendiendo a la previsión, intención y producción del resultado.

En la actualidad, la doctrina penal presenta gran diversidad de criterios para clasificar los delitos. Soler afirma: "La gran variedad de las figuras es un obstáculo al éxito del intento de clasificar y distribuir sistemáticamente toda esa clase de elementos, téngase bien presente, afirma, que nos referimos a elementos constitutivos de figura y no a elementos constitutivos del delito."²⁹

No obstante lo anterior, y para completar un renglón no tomado todavía en cuenta íntegramente por los autores, nosotros creemos factible la posibilidad de una clasificación sistemática si seguimos un orden lógico y atendemos los tres apartados de la teoría del delito: los presupuestos, los elementos y sus formas de aparición, con lo anterior creemos salvar las omisiones y falta de claridad en que se incurre, ya que veremos cómo se clasifica el delito partiendo:

- a) De las formas de conducta
- b) De los elementos típicos
- c) De las formas de culpabilidad.

Debiendo agregarse la que surge de las reformas constitucionales: el cuerpo del delito.

Soler ofrece diversas clasificaciones: instantáneos, continuados, permanentes y de efecto permanente; de daño y de peligro; materiales, formales y de pura acción;

²⁹ Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; TEA, Argentina, 1993, p. 34.

simples y complejos, calificados y privilegiados; especiales; de acción, de omisión, de comisión por omisión, de acción doble, de acción bilateral y multilateral, unisubsistentes y plurisubsistentes; dolosos y culposos; pero de su exposición no apreciamos un orden sistemático.

Maggiore clasifica los delitos en: de acción, de omisión y de comisión por omisión; simples y complejos; unisubsistentes y plurisubsistentes, delitos tipo y delitos circunstanciados; dolosos, preterintencionales y culposos; formales o de peligro y materiales o de resultado; delitos instantáneos, permanentes y continuados; de daño o lesión, de peligro, de doble resultado, es decir, cuando concurren peligro y daño, delitos individuales y colectivos; comunes y especiales; de sujeto indiferente y de sujeto calificado; de ejecución personal o de propia mano, sin que apreciemos tampoco bases sistemáticas en su pensamiento.

Por último, Cuello Calón habla de delitos de comisión por omisión o falsos delitos de omisión, de acción y de omisión; dolosos, culposos y preterintencionales; delitos consumados y frustrados; de lesión y de peligro: instantáneos y permanentes, formales y materiales; simples y complejos, sin precisarnos los puntos de vista tomados en cuenta.

1.3 ELEMENTOS DEL DELITO

A pesar de los diversos y numerosos esfuerzos realizados por los tratadistas para encontrar un concepto de delito con validez universal, este propósito no ha sido alcanzado, pues cada una de las nociones propuestas han sido superadas

fundamentalmente por los nuevos criterios propuestos con motivo de la evolución de los pueblos; por eso, después de haber enunciado en el punto correspondiente algunas de las múltiples concepciones de delito y desde los diversos puntos de vista considerados por los autores, debe elaborarse uno con los elementos constantes, pues la noción de delito debe obtenerse a partir de sus elementos esenciales, sin olvidar la necesidad de su concurrencia conjunta, es decir, no pueden existir separadamente.

Las diversas definiciones de los tratadistas no coinciden en los elementos cuya concurrencia se estima necesaria para integrarlo; ya en páginas anteriores notamos la discrepancia de los autores en el concepto del ilícito penal, deduciéndose la oposición entre los estudiosos de derecho sobre el número de elementos integrantes del delito, algunos insertan tres, otros incluyen cuatro y otros hasta siete ingredientes indispensables para estructurar la infracción penal; la mayoría de los tratadistas lo estiman como la conducta típica, antijurídica y culpable, por considerar a éstos como los verdaderos elementos necesarios.

Así, pues, cuatro son los elementos que se afirman como esenciales del delito; a saber; conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; además, y como dato complementario, insertamos el esquema propuesto por Jiménez de Asúa, en donde hace figurar siguiendo el método aristotélico de *sic et non*, tanto los factores positivos como los negativos. Este autor dice: intentaremos complementar la doctrina de Guillermo Sauer, filósofo jurista alemán, diciendo cada ausencia de los requisitos del delito creando un instituto jurídico-penal de importancia superlativa:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionabilidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- a) Falta de acción
- b) Ausencia de tipo
- c) Causas de justificación
- d) Causas de inimputabilidad
- e) Causas de inculpabilidad
- f) Falta de condición objetiva
- g) Excusas absolutorias

La conducta es la célula misma del delito y algunos autores, como Maurach, la llaman *conditio sine qua non* para su existencia, concluyendo, si no hay acción humana no habrá delito y resultaría absurdo pretender estudiar sus demás elementos esenciales, Todo delito es obrar humano voluntario.

Respecto del primer llamado elemento, comúnmente conocido como conducta, se usan distintas denominaciones, y hemos visto cómo Jiménez de Asúa la llama "actividad"; es preferible llamarla "conducta", afiliándose a la postura de Porte Petit, por ser comprensiva tanto de la actividad como de la inactividad, pues el término actividad no abarca la omisión; el propio Porte Petit incluye, además, el término "hecho" cuando el tipo describe un resultado material ligado a la conducta por un nexo causal.

Resulta importante aclarar cómo el derecho penal al tratar la conducta se refiere al comportamiento-humano, pues existe franca distinción entre conducta y comportamiento de los animales y de los hechos producidos por la naturaleza. Por conducta, entendemos el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, la

acción *strictu sensu*, es una actividad o hacer voluntario, un movimiento del organismo del hombre capaz de ser percibido por los sentidos; la omisión radica en una abstención, en dejar de hacer o en una actividad voluntaria, ambos conceptos con relevancia jurídica. En el pensamiento de Maurach, la conducta corresponde a un movimiento manifestado externamente alterando el mundo a su alrededor. Al hablar de la omisión presenta en algunos tratadistas el no hacer un acto cuando el derecho quiere se realice; a su vez la omisión suele calificarse en omisión simple y en comisión por omisión, estos últimos llamados de omisión impropia, violan por una parte un mandamiento preceptivo, el que ordena cierto comportamiento activo, a su vez generador de una violación a una norma prohibitiva (la madre tiene la obligación legal de garantizar el interés jurídico, la vida, amamantando a su hijo, y si como consecuencia del incumplimiento de este deber le provoca su muerte, estaremos en un caso de comisión por omisión).

Según Eusebio Gómez, delitos de omisión "son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto y de un precepto obligatorio"³⁰

El comportamiento humano debe ir siempre y necesariamente acompañado del elemento psíquico para integrar el elemento conducta, siendo precisamente la distinción con otro comportamiento del mismo hombre relevante para el derecho penal, también distinción con los comportamientos del animal y de los acontecimientos de la naturaleza. El hombre tiene facultades intelectuales en virtud de las cuales tiene conocimiento y realiza sus actos en la búsqueda de sus fines; cuando para alcanzar una meta fijada realiza un comportamiento sin participar el

³⁰ Gómez, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*; Omeba, Argentina, 1994, p. 75.

elemento psíquico, la voluntad, no habrá acción criminal, aun cuando se lesione un bien jurídico, la conducta debemos de entenderla como un comportamiento querido deseado, como una representación impulsora del sujeto para actuar o para abstenerse, por lo tanto, cuando se hable de conducta se estará haciendo referencia a la voluntad, ya lo dice acertadamente Franco Guzmán: "Los actos van del propio sujeto en un orden psicológico; en síntesis, el elemento psíquico liga a la persona con un acto".³¹

Al estudiar la tipicidad, no debe confundirsele con el tipo; existe entre ellos una clara diferencia, el tipo es la descripción de una conducta delictiva contenida en la ley, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuoso, en cambio, la tipicidad es el Juicio por el cual se infiere la adecuación de la conducta al tipo, éste, afirma Jiménez Huerta, "es el injusto recogido y escrito en la ley penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el 'tipo que en cada caso entre en función'³²;

Pavón Vasconcelos estima al tipo como: "La descripción completa hecha por la ley de una conducta y en ocasiones se suma el resultado, refutada como delictuosa al asociarse en ella una sanción penal"³³; en cambio Welzel siempre lacónico en la expresión de sus ideas, define al tipo como, lo injusto penal descrito de acuerdo con "las características típicas", la tipicidad es ingrediente esencial del delito porque éste es el resultado de una valoración jurídica realizada por el juez sin la cual no se configura.

³¹ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco; op cit, p.120

³² Jiménez Huerta, Mariano; *La Tipicidad*; Porrúa, México, 1990, p. 81.

³³ Pavón Vasconcelos, Francisco, op. cit. p. 120.

También la teoría pura del derecho entiende a la tipicidad como la adecuación del hecho a la descripción legal, no admite el concepto de antijuricidad, por considerar que con la dicha adecuación se manifiesta claramente la existencia de la antijuricidad.

Porte Petit da a conocer la fórmula donde se resume la ausencia de tipo: *Nullum crimen sine tipo*;³⁴ la atipicidad ya lo dijimos, es la no adecuación de la conducta con la hipótesis de la norma, Podemos señalar como hipótesis:

- a) Si no se emplean los elementos específicamente requeridos,
- b) Por falta del número o las calidades requeridas por la ley en los sujetos activo o pasivo, o en ambos,
- c) Ausencia de los objetos jurídico o material,
- d) Inexistencia de las referencias especiales o temporales.

La antijuricidad es estudiada como la violación al derecho y como elemento del delito, podemos decir: es una contradicción al total ordenamiento positivo; una conducta puede ser típica y a la vez, no contraria al derecho, como el homicidio cuando ocurre una causa de justificación.

La antijuricidad, es un elemento del delito y entiéndase por ella a la conducta adecuada a un tipo penal, cuando no existe causa de justificación. No basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además cumple el requisito de culpabilidad.

³⁴ Porte Petit, Celestino; *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*; Porrúa, México, 2001, p. 34.

El delito ha sido definido de muy diversas maneras por los autores, unos tomando en consideración primordialmente la violación de un deber o un derecho, otros la violación de los sentimientos morales, leyes y gentes en una época y lugar determinados o tan sólo de los sentimientos de piedad, en fin, considerándolo como un acto lesionador de las formas fundamentales de coexistencia social.

Al hablar de las nociones del delito apuntamos la posibilidad de extraer de ellas los elementos del ilícito penal para formular una definición con validez universal, llegando a considerar a la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, como tales.

Será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones típicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a la exigencia de la vida en la sociedad humana.

Existen dos criterios seguidos por la mayoría de los autores al hablar de culpabilidad; unos, los psicólogos, la conciben como un vínculo entre la voluntad y el resultado; así, Porte Petit define a la culpabilidad: "Como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto". y Castellanos Tena como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto," otros, los normativistas, como un juicio de reproche, Jiménez de Asúa dice: "En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."³⁵

³⁵ Castellanos Tena, Fernando, op cit. p. 233 y ss.

La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa.

1.4 TEORÍA DE LA PENA

Hasta la fecha, son pocas las excepciones de los juristas mexicanos que se han centrado en el estudio de la teoría de la pena, en la teoría de la ley penal se han excluido, precisamente el tipo y la punibilidad, elementos básicos de la norma jurídico-penal. En este contexto, todo parece sugerir que la teoría del delito conduce a la consolidación de la teoría del derecho penal, y que a través de ésta, se desarrolla la ciencia del derecho penal.

Al núcleo contenido en esta perspectiva, lo sostiene una visión positivista: casi todo el discurso jurídico es un discurso dogmático que analiza el contenido y la estructura de los delitos, sin cuestionar las normas que lo fundamentan, inquietudes formalistas, sin duda válidas, pero insuficientes ocupan el lugar de la reflexión sobre el por qué y el para qué del *ius poenale*.

Por lo expuesto, en el presente apartado se hace una revisión de tres aspectos fundamentales de la Teoría Penal: la punibilidad, la punición y la pena en sí misma.

La teoría del derecho penal elaborada en México, con escasas salvedades se ha restringido, en la parte general, al estudio de las generalidades del delito y en la parte especial, a la disección de las hipótesis delictivas, contribuyendo por tanto, a silenciar un posible debate sobre la justificación de textos legales fundamentadores de los delitos, a pesar de que la pregunta acerca del sentido y los límites de la pena estatal se ha planteado sin perder actualidad en todas las épocas y en casi todos los lugares, y a pesar, también, de que esa pregunta, en definitiva, se plantea el problema de la legitimación del derecho penal (el problema central del derecho penal), hasta ahora, no ha sido capaz de llevar el interés de los juspenalistas mexicanos más allá de los ámbitos de la teoría del delito.

En cualquier caso, el marasmo a que conduce la postura positivista a ultranza, es un obstáculo para abandonar la pasividad conformista que parece consustancial a la dogmática. Si lo que interesa es tan sólo explicar cómo son los delitos (describirlos), parece explicable que no se requiera plantear cuestionamientos sobre las sanciones.

En sus Apuntamientos de la parte general del derecho penal, Porte Petit anota que dicha parte consta de introducción, teoría de la ley penal, teoría del delito, teoría del delincuente y teoría de la pena y medida de seguridad.³⁶ No obstante, la obra se constriñe a la introducción, la teoría de la ley penal y la teoría del delito (omitiendo, por cierto, el estudio de la culpabilidad). Ni la teoría del delincuente ni la teoría de la pena y medidas de seguridad han sido abordadas por el prestigiado jurista, a pesar de que la primera versión de los Apuntamientos (publicada en multilith) data de 1959, y el libro ha sido reeditado posteriormente en varias ocasiones.

³⁶ Porte Petit, Celestino; *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*; Porrúa, México, 2001. p. 36.

En el primer tomo "Introducción al estudio de las figuras típicas", de su monumental Derecho penal mexicano, Jiménez Huerta dedica apenas un puñado de páginas (menos de una decena, en un libro de 503 páginas) a la punibilidad.³⁷

Carrancá y Trujillo se ocupa de la pena con relativa amplitud: le dedica seis de los treinta y un capítulos de su Derecho Penal Mexicano, Parte General, aun cuando de entrada la denomina "legítima consecuencia", esto es, da como comprobado algo que en todo caso puede o no comprobarse. Se observa la postura positivista a la que se aludía anteriormente.³⁸

En sus lineamientos elementales del derecho penal, Castellanos Tena dedica trece páginas al capítulo sobre la pena y las medidas de seguridad. En suma existe una desproporción acentuada en la dedicación de los juristas mexicanos a la teoría del delito y a la teoría de la pena. Esta ha sido desafiada; cuando no se le ha abordado, eludiendo los cuestionamientos críticos sobre la inquietante problemática de su legitimidad.³⁹

Frente a esa ausencia, se trata no de definir las sanciones penales y enumerarlas, exclusivamente, sino de ir perfilando respuestas a los grandes problemas que aquéllas plantean:

- a) el sentido y los límites de la sanción penal,
- b) la fundamentación constitucional,

³⁷ Jiménez Huerta Mariano; *Derecho Penal Mexicano, I*, Introducción al estudio de las figuras típicas; Porrúa, México, 2000.

³⁸ Carrancá y Trujillo Raúl; *Derecho Penal Mexicano, Parte general*, Porrúa, México, 2001.

³⁹ Castellanos Tena, Fernando; op cit, pp. 233 y ss.

- c) las instancias en las que surgen,
- d) el problema de la legitimación,
- e) los criterios para determinarlas cuantitativa y cualitativamente,
- f) las definiciones,
- g) la finalidad perseguida,
- h) los denominados sustitutivos penales.

Se trata, en definitiva, de plantear estas cuestiones y reflexionar sobre ellas.

Como consecuencia de la problemática planteada por las sanciones penales, lo primero que hay que abordar es la pregunta acerca del sentido de la pena estatal que "se plantea, nueva, en todas las épocas". En efecto, no se trata, en primer término, de un problema teórico, ni de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos, sobre el sentido de ésta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: ¿Cómo y bajo que presupuestos, puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado, prive de la libertad en su existencia social?. Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal: de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo, exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.⁴⁰ Parece inevitable la referencia – breve- a las teorías que se ocupan de la aludida interrogante. "Si se reduce la ilimitada literatura filosófica y jurídica a sus posiciones fundamentales, resulta que hasta hoy, no se han propuesto más que tres soluciones a nuestra pregunta inicial."⁴¹

⁴⁰ Roxin, Claus; *Problemas básicos del derecho penal*; Reus, España, 1986, p. 11

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 11 y 12.

a) *La teoría de la retribución.*- Se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor del delito, debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. La intervención del Estado restablece el derecho lesionado. El discurso retribucionista está sustentado en la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana. De lo que se trata, en rigor, es de fundamentar la necesidad de la pena. La teoría de la retribución no la fundamenta: la presupone. De manera radical estima que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica por qué toda culpabilidad tenga que retribuirse con una pena. Por otra parte, la posibilidad de culpabilidad presupone la libertad de voluntad (libre albedrío o libertad psicológica). Y esta idea es indemostrable, o por lo menos no ha sido, según la admirable formulación utilizada por Ashley Montagu:

*"...las complejidades de la conducta humana son tales, que se prestan fácilmente a tergiversaciones de todo tipo. Precisamente porque los fenómenos de la conducta humana son tan difíciles de analizar, y es, en parte, por lo que se reciben con tanta avidez las explicaciones fáciles."*⁴²

Finalmente es muy conocida otra objeción a la teoría de la retribución: la idea retributiva compensadora sólo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente, es incomprensible que el mal cometido (el delito) pueda borrarse con un segundo mal (la pena).

⁴² Montagu, Ashley; *La Naturaleza de la Agresividad Humana*; Alianza Universitaria, España, 1988, p. 61

b) *La teoría de la prevención especial.*- Sustentada en el positivismo italiano y desarrollada en Alemania por Franz Von Liszt, no quiere retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable o haciendo inofensivo al privado de la libertad, al que no es corregible ni intimidable. La teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable: podemos ser corregibles o al menos, se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente. No puede soslayarse una segunda objeción: si no existe peligro de que el delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena.

Cita Claus Roxin que el ejemplo más contundente es en este momento, el de los asesinos de los operativos represivos perpetrados en Sudamérica, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto, no necesitan de "resocialización" alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes?⁴³

La idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justifica. ¿Por qué ha de obligarse a los individuos a aceptar determinadas formas de vida?

⁴³ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 16.

c) *La teoría de la prevención general.*- No considera que el fin de la pena sea retributivo, correctivo o asegurativo, sino que su objeto radica en los efectos intimidatorios sobre la generalidad. Por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo más graves posibles. Por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido comprobar el efecto intimidante de la pena. Además, en sentido estricto ¿cómo justificar que se castigue a un individuo no en consideración a sí mismo, sino en consideración a otros? Por el contrario, un orden jurídico que no considere al hombre objeto utilizable, hace emerger la necesidad de que no se le instrumentalice de esa manera.

d) *La teoría unificadora.*- Se plantea adecuadamente la insuficiencia de las tres teorías reseñadas, pero, sin subestimar el valor de su distancia ante ellas, lo que ha hecho es tan sólo yuxtaponer tres concepciones distintas, y esto "...no sólo destruye la lógica iminente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de la aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo."⁴⁴

La más grave objeción a las teorías sobre la pena es que ninguna de ellas ha propuesto cuándo se justifican las sanciones penales. En otras palabras, las tres teorías quieren explicar para qué sirve la pena, pero no a qué hechos debe aplicarse. Tal insuficiencia se refuerza por el hecho de que se habla de las sanciones penales sin advertir su estructura dinámica, que se configura por tres niveles o instancias distintos: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. La lógica indica que no se le puede

⁴⁴ *Ibidem*, p. 19

dar el mismo tratamiento a conceptos que pertenecen a niveles conceptuales diferentes. El tratamiento dentro de un marco conceptual determinado es precondition de proposiciones acertadas.

En palabras de Roxin, "...el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas, y estas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado".⁶³ Elpidio Ramírez, obsesionado siempre por el rigor, se percató de que para cada uno de los niveles hay que emplear un lenguaje distinto: punibilidad (instancia legislativa) punición (instancia judicial) y pena (instancia ejecutiva).⁴⁵

Aunque tradicionalmente se ha hablado de la pena, hay razones suficientes para distinguir entre los distintos estados en los que tienen existencia las sanciones penales. Considerar, que estos distintos estados se estructuran unos sobre otros, permitirá recuperar en cada etapa los principios de la precedente. Se ha visto que las teorías de la pena a que se ha hecho alusión, consideran en forma parcial las sanciones penales, y ésta es la razón del carácter excluyente con el que plantean los fines de aquéllas: la teoría de la prevención general ve hacia las conminaciones legislativas, la de la retribución se enfoca a la sentencia de la prevención especial y atiende a la ejecución. Estas consideraciones desagregadas parecen ignorar las múltiples modalidades que autorizan la diferenciación entre punibilidad, punición y pena. Cada una de ellas, debiera ser obvio, implica una intervención estatal en la libertad del individuo. Puede afirmarse, sin temor a equivocación, que la no diferenciación de niveles, en el aspecto que ahora se aborda, como en muchos otros,

⁴⁵ *Ibidem* p. 20

ha sido un obstáculo en el avance de la teoría jurídico-penal. Es significativo, al respecto, que el tipo y la punibilidad (integrantes de la norma jurídico-penal, y por tanto, pertenecientes al nivel legislativo) suelen estudiarse en la teoría del delito (ente fáctico, suceso que acontece en el mundo de los hechos).

Localizar el fundamento constitucional de la punibilidad, la punición y la pena, permitirá determinar el marco dentro del cual han de plantearse, y formular los criterios cuantitativos y cualitativos que han de observarse en cada una de las instancias en que se dan las sanciones penales.

El artículo 14 Constitucional, en su párrafo tercero, prescribe: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no sea decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

El artículo 17, señala: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia..."

Artículo 18, párrafo segundo, primera parte: "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

Artículo 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..."

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

Artículo 23: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

El Artículo 39, Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste..."

Artículo 49 en su segundo párrafo: "No podrán reunirse dos o más de estos Poderes (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) en una sola persona o corporación..." Y finalmente, el artículo 89: "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes...XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos..."

Así pues, la punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente, por la magnitud del ataque a éste.

Los dos integrantes de la norma jurídico-penal son el tipo y la punibilidad. La punibilidad, por ubicarse en el mundo normativo, tiene las mismas características que el tipo: a) generalidad, porque se dirige a todos los individuos; b) abstracción, pues no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma, y c) permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma. Punibilidad es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa de intereses sociales determinados que se busca tutelar. La punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico-penal sustantiva. Al amenazarse con un mal condicionado a la culpable concreción de un tipo legal, se está formulando una norma jurídica, pues a fin de cuentas esta amenaza es lo que determina la existencia de la prohibición o el mandato contenido en el tipo legal; sin punibilidad, los textos legales serían, tan sólo expresión de deseos (buenos deseos en el mejor de los casos) del legislador.

La punibilidad es previa a la comisión del delito. Ninguna conducta constituye delito si no está prevista por un tipo legal al que se asocia una determinada punibilidad. La punibilidad existe con independencia del delito: la punibilidad está en la forma y allí permanece se cometan o no se cometan delitos. El señalamiento de varios autores mexicanos de que la punibilidad es una consecuencia del delito, parece dudar de la confusión de niveles en los que se localizan las sanciones penales. Lejos de la verdad está tal afirmación, pues la comisión de un delito no lleva

a los legisladores a reunirse a elaborar punibilidades, mediante el proceso legislativo. Por el contrario, para que una conducta pueda ser considerada como delito, se requiere —como ya se apuntó— que la misma esté conminada en la norma.

Ello significa que la norma jurídico-penal es fundamentadora del delito y por ende, previa a éste. Por otra parte, frente a la afirmación de que la punibilidad es elemento del delito,⁴⁶ bastaría comprender que aquélla pertenece al mundo normativo y éste al mundo fáctico. No podría un ente normativo ser elemento de un ente fenoménico. Debiera ser claro también, que los elementos del delito surgen con el delito mismo y la punibilidad, es previa al delito, es impensable que sea elemento del mismo. La punibilidad no es no retribución ni privación de un bien. Es, tan sólo, una advertencia que lanza el legislador sin saber, es obvio, a quien va a aplicarse.

Cuando se cuestiona sobre la legitimización de la punibilidad, lo primero que tenemos que asimilar es que: "la punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma *nulla poena sine lege*, consignado en el artículo 14 constitucional e implícitamente en el artículo 7 del Código Penal. El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio *nullum crimen sine poena*."⁴⁷

Hoy ya no puede pensarse en que alguna función estatal tenga fines divinos o trascendentales. Esa visión misticante no resiste un análisis: esos fines no son cognoscibles objetivamente, y si sólo se suponen, la suposición válida será la del

⁴⁶ Blasco y Fernández de Moreda, "Nuevas Reflexiones Sobre las Características del delito"; en *Criminalia*, IX, pp. 436 y ss.

⁴⁷ García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal*, IJ-UNAM, México, 1990, p. 70.

que tenga la fuerza de imponerla. De ninguna manera, tampoco, podría aceptarse que mediante la punibilidad se buscara la corrección moral. Sería inacabable la lista de conductas que, desde la óptica de la moral dominante, podrían descalificarse éticamente. Pero además –y esto es lo más importante-, no puede considerarse con seriedad que el Estado esté legitimado para imponer determinadas pautas morales.

En atención al fuerte impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Como es fácil comprender; si bien las conductas inmorales – respecto de los valores dominantes- han de tolerarse en una sociedad plural, cuando están en juego las aludidas condiciones, es obvio, surge la necesidad de la ley penal. Esta necesidad no surge de la voluntad legislativa. Más que un asunto de voluntad, los ejes definitorios están dados por las perspectivas observables en la vida en sociedad. Si se puede tolerar incluso cierta antisocialidad, difícilmente podría decirse lo mismo de las conductas que atentan contra bienes tales como la vida, la salud, la libertad, para apuntar ejemplos extremos.

Estas conductas, de no ser prohibidas nos harían vivir la ley de la selva. Nadie puede esperar, es cierto, que las normas penales las eviten por completo, pero lo cierto es que alguna influencia han tenido en la preservación de una coexistencia civilizada. La punibilidad, así, tiene un fin de prevención general. No puede ignorarse, por otra parte, que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, por lo que no se puede echar mano de él allí donde basten para garantizar las indispensables condiciones de subsistencia social, otros medios. La ley penal debe ser funcionalizada hasta convertirse en un catálogo comprimido de conductas y

sanciones. Este planteamiento no es novedoso y puede parecer muy trillado. No debe pasarse por alto, sin embargo, además de la frecuente ausencia de claridad de su formulación, que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas que, en definitiva, no dañan interés social alguno. El hecho de que se sigan tipificando, por ejemplo, el adulterio o la vagancia y malvivencia, sirve para justificar la reiteración.

Tipificar conductas que no lesionan o ponen en peligro esas condiciones va en contra del mandato establecido por el artículo 39 Constitucional, que establece que el poder público se instituye (y, por tanto, se ejerce) en beneficio del pueblo. No se ejercerá el poder legislativo a favor del pueblo, sino en su contra, si se tipifican conductas si no es en función de la necesidad social: si el papel rector del derecho penal es el de preservar las condiciones mínimas de subsistencia, si excede este rol estamos ante la perversión de la ley penal. Es decir que deban tipificarse las conductas que atentan contra esas condiciones, significa propugnar la alteración de la dirección tradicional de los códigos penales: para mantener su legitimidad, el derecho penal no deberá omitir la tipificación de ninguna de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

La tipificación de esa clase de conductas (en exclusiva) no es suficiente para que la punibilidad quede legitimada. Toda vez que la punibilidad, como integrante de la norma, busca la tutela de intereses sociales (bienes jurídicos), y éstos tienen diverso valor, la punibilidad debe expresar ese valor. Más aún, el bien jurídico debe visualizarse como un objeto "que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad".⁴⁸

⁴⁸ Ramírez, Elpidio y Olga y Islas.; *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*; Editorial Jurídica Mexicana, 1990, pp. 42.

Esta postura conlleva a la necesidad de una jerarquía y una discriminación en subconjuntos de los bienes jurídicos. Todos ellos son dignos de protección, pero no se oculta la diversidad de su valía. Nadie puede dudar, pongamos por caso, que el bien jurídico tutelado en el tipo de violación es de mayor importancia que el protegido en el tipo legal de injurias. Jiménez Huerta escribe:

"Es la vida humana el bien que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente... La vida humana ocupa, pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida, salen sobrando todos los demás valores humanos. De ahí que en los modernos tiempos las leyes punitivas sancionen con las más graves penas el hecho de segar la vida del hombre, pues éste es, como Teihard Cardin ha dicho, eje y flecha de la evolución del mundo."⁴⁹

Es lamentable observar, que este principio del derecho penal, entra en conflicto, en múltiples ocasiones, en los códigos de nuestro país con las directrices seguidas por el legislador. En el Código Penal para el Distrito Federal, a partir de mayo de 2000 abierto en dos vertientes independientes: la Federal y la del Distrito Federal –verdadero modelo de los códigos de los diferentes estados de la República, en términos generales- se observa que la punibilidad asociada a los tipos que tutelan bienes patrimoniales, puede dar lugar a que la punición por un delito de índole patrimonial, sea mayor que la punición por un delito de homicidio simple doloso, no obstante que el bien lesionado en éste, es más importante que ningún otro. En efecto, tanto en el Código Penal para el Distrito Federal, como en el Código Penal

⁴⁹ Jiménez Huerta, Mariano; *Derecho Penal Mexicano II, La tutela Penal de la Vida e Integridad Humana*; Porrúa, México, 2000, pp. 17 y 18.

Federal, en cuanto a los tipos patrimoniales, sigue el sistema de establecer punibilidad de acuerdo con la cuantía del bien.

El Código Penal Federal Establece que se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.(Art. 368 bis)

Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquellos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa.(Art. 368 ter)

Al que sustraiga o aproveche hidrocarburos o sus derivados, cualquiera que sea su estado físico, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda autorizarlo, de los equipos o instalaciones de la industria petrolera a que se refiere la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, se le impondrán de tres a diez años de prisión y de quinientos a diez mil días multa. (Art. 368 quáter)

A continuación se harán algunas observaciones respecto al conflicto de leyes.

Normalmente el juzgador se enfrenta ante la problemática de la aplicación de leyes, esto es, decidir qué ley debe aplicarse en forma prioritaria, ya sean leyes del

marco jurídico interno o acuerdos y convenios signados a nivel internacional por el Ejecutivo de la Unión. Así en búsqueda de la justicia el juez enfrenta el llamado conflicto de leyes, entre otros el de la aplicación de la ley federal sobre la ley local estatal.

Esta situación de alguna manera la ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la siguiente manera. La tesis P. LXXVII/99 del pleno de la Suprema Corte de Justicia que sostiene que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales se estructura con los siguientes argumentos:

Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal

y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".

El primer argumento probablemente debió haber sido más explícito; sin embargo, es claro: en un Estado federal hay tres órdenes o círculos, el más amplio es el del Estado federal que se identifica con la propia Constitución y sus disposiciones afectan a la unidad de ese Estado. Es como dicen algunos autores extranjeros: existen el orden nacional y dos órdenes subordinados a la Constitución, al Estado federal, a las normas que emanan de él que son las leyes constitucionales a las cuales se refiere nuestra ley fundamental en su artículo 133 como "las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella" (de la Constitución) y éstas se encuentran en el mismo nivel que los tratados internacionales que son normas que también afectan la unidad del orden jurídico, la unidad del Estado federal; por ello es que la división de competencias que el artículo 124 constitucional establece entre la Federación y las entidades federativas no es aplicable a los tratados internacionales.

El autor de el presente trabajo considera que esta tesis jurisprudencial es correcta y muy importante por las siguientes razones:

- a) menciona a las leyes constitucionales y aunque expresamente no admite su existencia, realmente si la acepta porque si no fuera así, no podría llegar a la conclusión de que en México no existe jerarquía entre la ley federal y la ley local;

- b) al realizar la mencionada interpretación respeta el recto sentido de varios y muy importantes artículos de nuestra Constitución, aunque la nueva tesis sólo pone énfasis en el artículo 124 que establece la regla general de la división de competencias entre la federación y las entidades federativas;
- c) los argumentos que sostienen esta tesis al final de cuentas se podrían resumir en una sola idea: tanto el tratado internacional como la ley constitucional son normas de la unidad del Estado federal y no de alguno de los dos órdenes que integran a ese Estado federal: la Federación y las entidades federativas;
- d) después de tantos tropiezos que la Suprema Corte de Justicia ha tenido en la interpretación del artículo 133 constitucional, ahora presenta una tesis que es armónica con diversos preceptos constitucionales y con la naturaleza que la propia ley fundamental señala a nuestro Estado federal.

Resulta necesario hacer una revisión sobre el criterio que ha seguido la Suprema Corte de Justicia sobre la jerarquización jurídica de los tratados.

Con motivo de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (amparo 1475/98), la Suprema Corte de Justicia (SCJ) estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (que dice: "En cada dependencia sólo habrá un sindicato...") va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo al derecho de sindicalización.

La sentencia de la Corte es muy trascendente, independientemente de que rompió con el corporativismo sindical -lo cual dio motivo a una serie de comentarios

en su momento- establece un sistema de recepción monista internacional que va muy de acuerdo con las más modernas tendencias del constitucionalismo de los últimos tiempos.

La tesis jurisprudencial emitida por el más alto tribunal mexicano resuelve a su manera el problema que se presenta de la interpretación del sistema, bastante defectuoso, de recepción del derecho internacional, que tiene la Constitución y que se manifiesta fundamentalmente, entre otros, en los artículos 133, 117 fracción I, 15, 89 fracción X. La doctrina establece una jerarquía en donde la Constitución está en la cúspide y después aparentemente en segundo plano están las "leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado", y la Constitución establece que éstas serán "la ley suprema de toda la Unión".⁵⁰

Es "defectuosa" porque esta formulación no da respuesta a los diferentes fenómenos de la realidad internacional. En principio, la fórmula de la Constitución omite las normas consuetudinarias que también son fuentes del derecho internacional y que otros sistemas prevén dentro de su sistema de recepción del derecho internacional; además, no toma en cuenta otro tipo de actos internacionales como las sentencias, los acuerdos ejecutivos y las resoluciones que dicten los organismos jurisdiccionales internacionales. Tampoco resuelve, en el ámbito interno, la prelación entre la diferente normatividad jurídica (Constitución, tratados, leyes federales, leyes locales).

⁵⁰ Becerra Ramírez, Manuel, "Los Tratados Internacionales y La Suprema Corte de Justicia"; Excelsior, México, 29 de marzo de 2001, pp. 7.

Con la sentencia en el amparo 1475/98, la Suprema Corte de Justicia reconoce el hecho inobjetable tanto dentro de la doctrina como de la interpretación jurisprudencial, que la Constitución es la ley fundamental y que el problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

Sin embargo, la sentencia que se comenta, rompe con sus precedentes dictada por el Poder Judicial mexicano al establecer que: "los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local".

Con respecto al conflicto de leyes y volviendo al Código Penal Federal:

El artículo 370 explica que cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario y cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.

Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente el valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible

determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.(Art. 371, Código Penal Federal)

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta. (Art. 371, Código Penal Federal)

Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.(Art. 372, Código Penal Federal)

Por su parte el artículo 377 señala que se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:

- I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;
- II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;
- III. Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;
- IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y
- V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otros delitos

Con respecto al Código Penal para el Distrito Federal

El artículo 368 Bis señala que se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.

El texto del artículo 368 ter, menciona que al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquellos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa.

El artículo 370 del Código distrital explica que cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario, se impondrá hasta dos años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. Cuando exceda de cien veces el salario, pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario y cuando exceda de quinientas veces el salario, la sanción será de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario.

Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente el valor intrínseco del objeto del apoderamiento, pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión de tres días hasta cinco años. En los casos de tentativa de robo, cuando no fuere posible determinar su monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión.

Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación. Art. 372, Código Penal para el D.F.)

Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la Autoridad tome conocimiento del delito no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

El artículo 377 del Código del Distrito Federal aclara que se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:

- I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;
- II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;

- III. Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;
- IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y
- V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.

El artículo 381 establece que además de la pena que le corresponda conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes:

- I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado.
- II.- Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa.
Por doméstico se entiende; el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos sirve a otro, aun cuando no viva en la casa de éste;
- III.- Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, lo cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo;
- IV.- Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o contra cualquiera otra persona;
- V.- Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes, y
- VI.- Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar al que tenga libre entrada por el carácter indicado.
- VII.- Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público;
- VIII.- Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público;

- IX.- Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos;
- X.- Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquellos.
- XI.- Cuando se trate de partes de vehículos estacionados en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación;
- XII.- Cuando se realicen sobre embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas;
- XIII.- Cuando se comete sobre equipaje o valores de viajeros en cualquier lugar durante el transcurso del viaje;
- XIV.- Cuando se trate de expedientes de documentos de protocolo, oficina o archivos públicos, de documentos que contengan obligación, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial, con afectación de alguna función pública. Si el delito lo comete el servidor público de la oficina en que se encuentre el expediente o documento, se le impondrá además, destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, de seis meses a tres años;
- XV.- Cuando el agente se valga de identificaciones falsas o supuestas órdenes de alguna autoridad,

Resulta oportuno abrir un paréntesis para realizar una breve evaluación cultural del derecho penal. Debe recordarse que se considera como delito a la violación que se realiza a un precepto legal que ha sido incluido en la codificación en defensa de la sociedad, sin embargo la evolución cultural de la sociedad habitualmente supera el contenido de las leyes escritas, lo que se conoce como práctica consuetudinaria, dando como resultado que conductas habituales de los miembros de la sociedad sean consideradas por las leyes, como violatorias del orden jurídico, un caso que puede ejemplificarlo es el consumo de alcohol que en algún momento estuvo penalizado y actualmente es aceptado por las diversas legislaciones, no obstante

que en la legislación marco existen argumentos que lo consideran indebido, así el Código Civil considera el consumo habitual como una causa de nulidad del matrimonio, no obstante que el Código Penal no lo considera un delito.

Finalmente, debe destacarse que el artículo 381 Bis, ordena que sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que están fijos en la tierra, sino también los muebles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos. En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo.

En ambos Códigos, en el caso del robo, verbigracia, si el valor de lo robado no excede 100 veces el salario, la punibilidad es hasta de dos años de prisión y multa hasta de 100 días de salario; si excede de 100 veces pero no de 500, la punibilidad es de dos a cuatro años de prisión y de 180 días de multa, y si excede de 500 veces, la punibilidad será de cuatro a diez años de prisión y multa de 180 a 500 veces días multa. Ahora bien, si el robo recae sobre un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por persona alguna, existe una punibilidad adicional: de tres a diez años de prisión. Si un individuo roba un automóvil (que en la actualidad necesariamente tiene un valor superior a los 500 días de salario), la punibilidad aplicada es de cuatro

a diez años de prisión, multa de 180 a 500 veces el salario y, además, de tres días a diez años de prisión. Si el juez decide imponer, por ejemplo, seis años de prisión por el monto y tres por el agravante (independientemente de la multa), la punición para este robo sería más alta. Esta desproporción monstruosa, si bien se concretiza a nivel judicial (y hay muchos casos reales), es posible a nivel legislativo (por las punibilidades).

No obstante esta indicación, se encuentra, por ejemplo, que mientras el homicidio doloso (no calificado) tiene una punibilidad de dos a siete años de prisión (artículo 310), al tipo de secuestro se le asigna una punibilidad de diez a cuarenta años de prisión y de 100 a quinientos días multa (Art. 366, Código Penal para el D.F) y de 15 a 40 años de privación de la libertad y de 500 a 2 mil días multa (Art. 366, Código Penal Federal), y al terrorismo de dos a cuarenta años de prisión y multa hasta de 50 mil pesos (Art. 366 Código Penal Federal, en el Código Penal para el D.F. se derogó el artículo 366). Es de hacerse notar que la punibilidad máxima del terrorismo es precisamente mayor a la del homicidio.

No parece estar equivocada Lolita Aniyar cuando escribe, refiriéndose a las conminaciones penales, que "son desproporcionadas y proyectan luz sobre los verdaderos intereses que representan."⁵¹ Cabe decir que el Estado, al ejercer el *ius puniendi*, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad. Pero los ejemplos que hemos citado no revelan, como podría pensarse una

⁵¹ Aniyar, Lola; *El Proceso de Criminalización*; ponencia en el primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Venezuela, noviembre de 1992.

contraposición entre Estado (en ejercicio del *ius puniendi*) a nivel legislativo y sociedad, sino más particularmente, entre Estado y determinadas clases sociales.

Otra variante en la terminación cuantitativa de la punibilidad es la que atiende a que la conducta sea dolosa o culposa. Se considera que la conducta dolosa tiene un contenido más grave. Sin embargo, algunos autores ponen en tela de juicio esta viejísima y aceptada creencia. Lolita Aniyar objeta la baja punibilidad (de seis meses a cinco años de prisión) que el Código venezolano asigna al homicidio culposo porque entiende que éste demuestra "...una verdadera conciencia despreciativa del máximo valor humano... es el máximo desafío de la indiferencia a los esfuerzos de la humanidad por afinar sus sentimientos de solidaridad..."⁵²

Finalmente constituyen criterios para la determinación cuantitativa de la punibilidad: la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico, la clase de personalidad del sujeto activo y el punto crítico entre intervalos, para evitar las contradicciones entre éstos.

Por lo que se refiere a la determinación cualitativa de la punibilidad, es innegable que se ha abusado de la sanción privativa de libertad (prisión) no obstante que se ha señalado exhaustivamente su fracaso.

La punición es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

⁵² *Ibidem*

La punición es la medida de punibilidad impuesta por el juez a quien considera culpable de un delito, o en otros términos, es la imposición judicial de una pena. La punición no puede confundirse —como lo han hecho los juristas— ni con la punibilidad ni con la pena.

Su fundamento es, justamente, la punibilidad. Dentro del intervalo más o menos amplio que establece el legislador, el juez se ve precisado a elegir en cada caso concreto, un punto específico.

El fin de la punición es el reforzamiento de la prevención general, pues ésta se diluiría si no tuviera un respaldo real. La punibilidad no es suficiente para lograr una prevención general allí donde las normas son letra muerta. Sin punición, esto es, sin la individualización de la punibilidad, las normas tienen una precaria sustentación pues aún cuando contienen conminaciones, éstas, no producen las consecuencias deseables si se sabe que no serán actualizadas. La eficacia de las conminaciones penales es impensable si entre los individuos hay la convicción de que jamás serán realizadas. La eficacia normativa está vinculada a que las concretaciones de las figuras típicas, produzcan consecuencias para el autor. Un combate contra las arbitrariedades policíacas, por ejemplo, no puede tomarse en serio si ellas quedan impunes. La punición amplía el carácter preventivo general del derecho penal. No hay intimidación sin punición.

Ahora bien, la intimidación puede lograrse, en el nivel judicial, imponiendo al delincuente los puntos máximos de la punibilidad. Sin embargo, no cabe duda de que tal proceder sería por completo ilegítimo. Se estaría instrumentalizando al sujeto al imponerle castigos ejemplares sin atender a las motivaciones de su conducta. Es

evidente que así como a nivel legislativo es menester trazar límites al *ius puniendi*, a nivel judicial también deben existir fronteras.

Moderadamente se ha rechazado el principio de retribución al tratarse la cuestión de qué sanción individualizada debe imponer el juez. Y es que el término retribución, recuerda aquella etapa en la que se veía la sanción penal como una expiación.

Sin embargo, si se rebasa el plano abstracto de las propuestas ideológicas, habrá de admitirse que no es conveniente la retórica romántica según la cual con la punición se está beneficiando al delincuente, pues la punición consiste en la imposición de una pena, y aunque ésta debiera buscar la readaptación del delincuente, es, por definición, privación de bienes. El papel de la punición conduce a rechazar que en su esencia se encuentre un bien para el sujeto. No obstante, la herencia histórica, poco favorece al término "retribución", si se quiere señalar límites al *ius puniendi* estatal en el estadio judicial, nada mejor que introducir –para ese solo fin– el principio de retribución. El juez al dictar la punición, ha de tomar en cuenta toda la complejidad y densidad de la consideración fáctica, que de alguna manera, influyó en la conducta del sujeto, y de acuerdo con esta capitulación ha de normar su criterio. En atención a estas circunstancias, radica que la punición no se convierta en un castigo arbitrario: se estaría ante el principio de que la punición no puede rebasar la medida de la culpabilidad.

Adviértase que sí es válido rechazar el principio de retribución con vista a no caer en un rigor excesivo en la imposición de las penas, y a no darles a éstas un

carácter trascendental mistificante, sin tal principio iríamos a un callejón sin salida, sin él la punición no tendría límites.

La legitimidad de la punición depende, por una parte, de que el sujeto sea culpable en la comisión de un delito, y por otra, de que la pena impuesta no rebase su grado de culpabilidad.

De las consideraciones anteriores, surge una comprensión adecuada de que si la culpabilidad es totalmente inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, con base a ella puede limitarse. " El principio de retribución –sin que lo hubieran imaginado sus creadores- tiene, entonces, un acierto definitivo. Quienes subestiman la función de garantía de la culpabilidad, lo hacen debido a una mala comprensión de su importancia ante los excesos judiciales. La creencia de que no puede medirse debiera ser claro, y se debe, en buena parte, al abismo que separa a la construcción teórica de una adecuada política criminal."⁵³ El modelo lógico sugiere una manera de intentar tan importante medición.

Con respecto al marco teórico del derecho penitenciario destacan las teorías Clásica cuyo máximo representante es Francesco Carrara y la positiva con Rafael Garófalo como principal exponente. En México destacan con una visión ecléctica: Raúl Carrancá y Sergio García Ramírez.

El ordenamiento jurídico parte de la hipótesis de que los individuos gozan de libre albedrío, esto es, de libertad psicológica. Aunque son indudables las

⁵³ Bacigalupo opina que el principio de culpabilidad es "...poco más que una remisión a los sentimientos del juez", en "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-político criminal", en *Reveu Internationale de Droit*, número 1, 1998, p. 25.

dificultades para probar esa hipótesis, y aun cuando fuera posible hacerlo, a nadie escapa que por ser un supuesto del que se parte, ha de considerarse un axioma, sobre el que hay que insistir:

“Como es conocido, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del hombre (como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad), constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser, o si quizás, habría que caracterizar al homo sapiens más bien como un peligroso animal de presa o como una máquina complicada. Pero esto no cambia nada el hecho de que los hombres de acuerdo con su relativa “ligazón a los instintos” y con la “apertura al mundo”, condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas, existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad, y de que, materialmente, no pueden por lo menos conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido, que ciertamente, no se puede probar con métodos de las ciencias naturales que sean “correctos”, pero que tienen, total independencia de ellos, su legitimación en cuanto decisión para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho.”⁵⁴

El razonamiento transcrito posee, no hay duda, una admirable claridad, no se trata de una demostración científica, sino justamente, de un principio cultural. De ahí que el Estado carece de legitimación, en absoluto, para llevar su potestad punitiva a nivel judicial, más allá de lo que corresponde, en el caso concreto al reproche que puede formularse a un hombre capaz de asumir su responsabilidad. La conclusión es que el principio de culpabilidad cumple una función de garantía de primer orden. El concepto de retribución, por tanto, se utiliza a favor de los individuos y como una

⁵⁴ Roxin, Claus, op. cit., pp. 27 y 28.

limitación del poder del Estado. Se trata, es evidente, de que aun cuando se considere que el individuo debe "pagar" por lo que hizo y el Estado, está facultado, en nombre de la sociedad a "cobrarse", el "pago" debe ser proporcional al daño causado. Estos razonamientos los recoge el artículo 17 de la Constitución que señala que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia: esa justicia nunca sería tal si el "cobro" excediera al año. De otra suerte, ya que no se trata de un "pago" por lo que hizo, sino de un "pago" y algo más (un ingrediente adicional que ya no correspondería al pago). Esto jamás estaría legitimado.

Como explica, Lola Aniyar, de lo anterior se desprende que "mientras la ciencia resuelve el acuciente problema de la libertad, los juristas no necesitan esperar el desenlace. Aun cuando exista un recelo justificado (por no estar probada científicamente) respecto a la existencia de la libertad, no podrá negarse su fundamentación en el sistema normativo que, a su vez, parte de postulados esenciales de nuestra civilización. De ahí que el juez no pueda imponer sanciones ilimitadas ni aun cuando estas sean eficaces para los fines de prevención general o especial, pues con tal proceder, el Estado estaría sobrepasando el límite retributivo (se estaría "haciendo pagar de más"). Con los planteamientos que se han formulado, la idea de retribución se ve despojada del carácter autoritario y arbitrariamente represivo con que siempre se le había utilizado. Tesis: el principio de retribución permite entregar al individuo al poder omnimodo del Estado. Antítesis: el principio de retribución debe ser desechado en virtud de que es un remanente de la nefasta ley del talión: "ojo por ojo, diente por diente". Síntesis: el principio de retribución, y con

él, la idea de culpabilidad, debe emplearse para preservar al súbdito y con él a la sociedad civil del abuso del poder estatal.⁵⁵

Si se entiende la idea de la culpabilidad como se ha esbozado, no hay duda de que la facultad punitiva estatal queda sometida y controlada dentro de límites de respeto a la libertad individual, sin la cual, carecería de sentido hablar de retribución y sería imposible estructurar una idea de culpabilidad.

La idea de una culpabilidad, como una función de garantía está vinculada a esta obra: si el Estado carece de legitimación para punir más allá de lo que permite la gravedad de la conducta delictuosa del sujeto, a éste le corresponde "cargar" con la sanción, pues de otro modo, sin duda, se deformaría el principio de culpabilidad. El pensamiento expresado no parte de la vetusta idea de que, cometida una conducta antisocial, se enfrenta el interés particular del enjuiciado al interés general de la colectividad. Tal esquematismo está ligado a una visión prejuiciada. El delito no convierte al individuo en un ente fuera de la sociedad. Cabe subrayar, frente a esta interpretación, que ante una conducta antisocial se contraponen dos intereses particulares, el del activo y el de pasivo (sea unitario o múltiple), y el Estado debe satisfacer ambos intereses. ¿Cómo se logra esto?. Puniendo la conducta punible, sí pero (es decisivo insistir) dentro de ciertos límites.

Se advierte aquí que, como resultado de su propia conducta, quien delinque está obligado a soportar la imposición de una pena, porque como miembro de la sociedad civil tiene que responder, no como se responde en las religiones, por un

⁵⁵ Aniyar, Lola; *El Proceso de Criminalización*; ponencia en el primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Venezuela, noviembre de 1992.

pecado, sino por la salvaguarda de la coexistencia social, nada más en la medida de su culpabilidad (correspondencia entre culpabilidad y punición).

La dimensión, de la culpabilidad por el hecho, por la conducta realizada, conduce a que el sujeto no sea utilizado, al imponérsele una pena, para los fines de otros (la conservación del orden indispensable para vivir en comunidad), sino que se le confirme su calidad de individuo capaz de asumir derechos y obligaciones efectivamente. Este significado ideológico de la culpabilidad permite refuncionalizar el sentido principal de la punición.

La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en una sentencia condenatoria. El concepto remite a un acontecimiento de orden fáctico. La facticidad de esta categoría indica que -a diferencia de la punición, en la que se individualiza una punibilidad, y por tanto, se dicta una norma individualizada- está constituida por el hecho de que el sujeto sufra una privación de un bien. La pena no es efecto del delito, pues no pesa entre ambos el principio de causa-efecto, sin embargo, la pena debe ser la consecuencia del delito y de la punición, en sentido estricto. Se puede plantear, formalmente, así: dado un delito, debe darse una punición, y dada una punición debe darse una pena.

El fundamento de la pena es la punición. No podría serlo el delito, que es un hecho. La punición, en cambio, es una norma individualizada (dada en la sentencia) en la cual se ordena la pena. Si la punición es una construcción del juez, a través de la pena se realiza esa construcción.

La pena, como la punición, halla su legitimación en que el sujeto que ha de sufrir sea culpable de la comisión de un delito. Aun cuando hubiera ya una punición, si se descubre que el sujeto no es culpable, la pena no debe ejecutarse. De allí la figura del indulto necesario.

Si se comprende que la pena es un hecho, se verá claramente que sus características son las siguientes: a) particularidad, porque la sufre un sujeto determinado; b) concreción, porque es un hecho concreto, y c) temporalidad, porque se ubica en un momento precisamente determinado, y por tanto, se agota concluido este momento.

Con respecto a la evolución de las penas, resulta oportuno citar las palabras de Sergio García Ramírez: "Por supuesto, también inquieta la transformación de la pena, cuya evolución racional y sentimental debiera reflejarse en el sistema y en los hechos de la ejecución. En este ámbito, se plantea el camino entre la pena purgatoria, que castiga y redime, y la recuperatoria, que modifica y reincorpora, o al menos lo pretende."⁵⁶

García Ramírez destaca que brota en esta región, de inmediato, el proyecto de racionalizar las sanciones. Ellas deben multiplicarse en grado y naturaleza, pues múltiples son los individuos. Deben aplicarse a cada quien —parafraseando la antigua noción de la justicia— según su peligrosidad y readaptabilidad. Sólo esto es, en la esfera penal, dar a cada quien lo suyo, hacer justicia. Por lo mismo, frente a una sanción o a una medida, si se prefiere, más piadosamente concebida en abstracto para esa abstracción que son "los hombres", es preciso erigir la sanción —

⁵⁶ García Ramírez, Sergio; *Justicia Penal*; Porrúa, México, 1999, pp. 10 y 11

la específica, la pertinente— para esa concreción que es, en cada hipótesis particular, el hombre delincuente.

Con la individualización de la pena se ensanchan todas las áreas de la secuencia penal del Estado moderno: la sustantiva, por el enriquecimiento en el espectro legal de las medidas, que va abandonando la supeditación y las esperanzas en sólo alguna o algunas de ellas; la adjetiva, por la ampliación del catálogo de posibilidades de condena en manos del juzgador, que de ser la “boca que pronuncia las palabras de la ley”, deviene un creador de las condiciones psicológicas y sociales de la readaptación; y la ejecutiva, por la nueva latitud en el panorama de ajustes y correcciones que puede introducir el ejecutor —ya no sólo custodio ni carcelero, sino también creador de estados y condiciones— hasta desembocar en un amplísimo arbitrio ejecutivo, secuela lógica y cronológica del arbitrio judicial, tan preñado como éste de ventajas y de peligros.⁵⁷

Si la pena debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común, debemos inclinarnos a pensar que debe buscar la reivindicación del delincuente. Se justifica, pues la pena, como instrumento de repersonalización del individuo. En el campo de visibilidad de este pensamiento se divisa un objetivo de prevención especial. Pero el objetivo de prevención general no permanece ajeno pues no puede ignorarse que el cumplimiento de la pena intimida por cuanto se tiene presente que las conminaciones legislativas se cumplen. De ahí la importancia de la cadena punibilidad-punición-pena, etapas en las que se realiza el derecho penal, estados que forman el derecho penal.

⁵⁷ *Ibidem.*

Junto al interés del conjunto de la sociedad en que el sujeto no vuelva a delinquir, está el interés del sujeto en llevar una vida plena al cumplir con su pena. La tarea de repersonalización, empero, sólo puede llevarse a cabo con el pleno consentimiento del sujeto. Nadie puede obligar a un adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida.

Ahora bien, se ataca con violencia el tratamiento durante la ejecución penal. Excesos innumerables explican esos ataques.

La meta que debe perseguir la pena no cancela la garantía del individuo de no sufrir un castigo que exceda su culpabilidad. El éxito de una tarea que persiga el cambio del individuo delincuente depende, en definitiva, de la capacidad para lograr esa transformación en el tiempo señalado en la punición. Es muy probable que para la autoridad ejecutiva ese tiempo sea insuficiente, y que se requiera de un lapso que sobrepase la medida delimitada en la punición. Pero ello no era culpa del sujeto. La incompatibilidad entre la capacidad de la autoridad para repersonalizar y la duración de la sanción no ha de resolverse sacrificando al súbdito.

El fracaso del tratamiento es un fracaso del Estado, que no debe traducirse en demérito de los bienes del individuo. El mismo fracaso podría darse si la pena fuera indeterminada. La pena tiene su fundamento en la punición, y por ello no puede rebasarla. Si se contemplan así las cosas. La culpabilidad no sólo opera como garantía en el nivel judicial, sino también en el nivel ejecutivo. Debiera ser evidente que el sujeto no puede ser sometido a una pena excesiva ni porque se le quiera beneficiar ni porque se le considere peligroso. La subestimación de estas ideas ha llevado desconocimiento de garantías constitucionales de primera importancia.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENITENCIARIO

Antes de analizarse el desarrollo del derecho penitenciario en México, deben recordarse las palabras de Raúl Carrancá y Rivas respecto a que no siempre ha tenido carácter de misericordia la aplicación de las penas. La función punitiva del Estado, en muchos grados de la civilización y de la cultura, se ha manchado de sangre. El progreso de la humanidad, pues, depende en gran medida de cómo entiende la humanidad la función del castigo. Nadie, sino el juez, es el testigo más profundo de la evolución moral del hombre.⁵⁸

Raúl Carrancá y Rivas señala que parece oportuno aclarar aquí la diferencia que hay entre cárcel, prisión y penitenciaría. La voz "cárcel", que proviene del latín *carcer-eris*, indica un "local para los presos". La cárcel es, por lo tanto, el edificio donde cumplen condena los presos. La voz "prisión" proviene del latín *prehensio-nis*, e indica "acción de prender". Por extensión es, igualmente, una cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos. La penitenciaría es, en cambio, un sitio donde se sufre penitencia, pero en sentido más amplio. La voz "penitenciaría" invita a meditar en los individuos sujetos a un régimen que, haciéndolos expiar sus delitos, va enderezado a su enmienda y mejora. La penitenciaría, en realidad, se distingue de la cárcel y de la prisión en que aquélla guarda relación con un establecimiento destinado para el cumplimiento de las penas largas de los condenados — sentenciados— por sentencia firme.⁵⁹

⁵⁸ Carrancá y Rivas, Raúl; *Derecho Penitenciario*; Porrúa, México, 1996, p. 11.

⁵⁹ *Ibidem*, pp 11 y 12

Las diferencias son de aspecto terminológico, aunque obedecen a una relación más acentuada en el orden del Derecho y la realidad. Nuestro Código Penal, por ejemplo, habla de prisión. "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal", ha dicho el legislador (Art. 25, Código Penal Federal). Pero es necesario remitirse al artículo 18 de la Constitución, que distingue entre la prisión preventiva o detención y la pena de prisión propiamente dicha. La primera consiste en la privación de la libertad con propósitos exclusivamente asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión. La segunda es la privación de la libertad como retribución por delito cometido y de acuerdo con una sentencia judicial condenatoria. Ambas, según el artículo 18 Constitucional, deben ejecutarse en "sitios distintos, completamente separados".

En suma, la prisión preventiva o detención se lleva a cabo en una cárcel provisional, asegurativa; y la pena de prisión propiamente dicha en una penitenciaría.

En este capítulo se hace una revisión sobre los aspectos más relevantes de la evolución del derecho penitenciario en la historia de México.

2.1 ÉPOCA PREHISPÁNICA

El Derecho Penal precortesiano fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa. "El Derecho Penal mexicano —ha escrito Kohler— es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y

de notable cohesión política. El sistema penal era casi draconiano.⁶⁰ Es decir sumamente severo.

Es fácil entender, en consecuencia, que el Derecho Penitenciario precolonial fue igualmente draconiano; puesto que las penas son una consecuencia inmediata, inevitable, de la filosofía penal. Kohler alude a tres condiciones que nos parecen de la mayor importancia: la moral, la de la concepción de la vida y la política. Ellas conforman el aspecto exterior e interior del Derecho punitivo y, llegado el caso, el sistema carcelario les debe su organización y forma. Por las prisiones enseñado se conoce un régimen político, su grado de moralidad, su cohesión.

George C. Vaillant reproduce unas figuras del Códice Florentino, en las que aparecen cuatro caciques juzgando a dos criminales que son condenados a la pena de muerte por medio de la horca y del garrote. En otra figura se observan unos ladrones en la cárcel, de espacio reducido, con poca ventilación y una pequeña reja. No cuesta mucho trabajo entender aquello del sistema draconiano.⁶¹ Otra cosa son, sin duda, las consideraciones sociológicas, etnológicas e históricas en general, de las cuales pueda deducirse el por qué de ese sistema. El mismo autor en diferente edición de su obra, hace algunas observaciones importantes: La religión, sin embargo, no entraba en el campo de la ética —escribe—; ningún castigo esperaba al pecador después de la muerte, no era un sistema bien definido de recompensas y castigos.⁶²

⁶⁰ Kohler; J. ; "El Derecho Penal de los Aztecas"; *Revista de Derecho Notarial Mexicano*; Vol II, núm. 9, México, 1986, pp.18-19

⁶¹ Vaillant, George C.; *La Civilización Azteca*; FCE, México, (Reimpr.)1996, p. 103

⁶² *Ibíd.*, p. 156 y 157.

Así, "la restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, en contraste con nuestro sistema de castigo al culpable. El destierro o la muerte era la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el temor a las leyes aztecas y el por qué de que nunca haya sido necesario recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo, se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos".⁶³

Desde luego, tales jaulas y cercados cumplían la función de la que hoy se conoce como cárcel preventiva.

Vaillant explica que el robo se castigaba con la esclavitud, hasta que se hiciera la restitución de lo robado, o con una multa del doble de la cantidad robada (una parte para la víctima y otra para el tesoro del clan); que el robo en camino real con la pena de muerte, lo mismo que las raterías en el mercado (muerte instantánea por lapidación); que el robo de maíz, cuando estaba creciendo en el campo, con la pena de muerte o la esclavitud; que el hurto de oro, plata o jade, con la pena de muerte; que el asesinato, incluso el de un esclavo, con pena similar; que la intemperancia (vicio del que no sabe moderar sus apetitos) con la reprobación social, el descrédito público y hasta la muerte por lapidación y a golpes; que la calumnia con el corte de los labios y algunas veces también de los oídos; que la horca era el castigo común para la violación de las leyes del incesto, y que la sodomía se sancionaba con repugnante brutalidad.

⁶³ Carrancá y Rivas, op cit, p. 13.

En suma, la ley azteca era brutal. De hecho, desde la infancia, el individuo seguía una conducta social correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias.

Meditese un poco. Las leyes, los delitos, las penas, no surgen por generación espontánea; obedecen a un lento y minucioso proceso de evolución espiritual y social del hombre. Por ejemplo, cuando Vaillant afirma que "ningún castigo esperaba al pecador después de la muerte", se comprende la razón por la que era necesario amenazar y castigar en la tierra. En la tierra se debía purgar todo delito, en la tierra limpiar toda suciedad de la conciencia. La ética social azteca y la religión se hallaban, por lo tanto, a considerable distancia pero coincidían en el interés por la pena. En estas condiciones se explica uno que la restitución al ofendido fuera la base principal del castigo a los actos antisociales. Kohler se ha referido a la severidad moral de los aztecas; y por miedo a esa severidad, por temor a las leyes, nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento como medio para ejecutar el castigo de un crimen. Las jaulas y cercados se empleaban con el objeto de confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos.

Ahora bien, aunque Vaillant opina que nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento como medio para ejecutar el castigo de un crimen, imaginemos junto a la severidad moral la clase de amenazas que empleaba el Estado; y cómo las actualizaba, llegado el caso, con el propósito de conservar su imponente cohesión política. Actualmente se readapta a los delincuentes —o por lo menos eso deseamos— y los aztecas, en cambio, mantenían a los delincuentes potenciales —prácticamente a toda la comunidad— bajo el peso de un convenio tácito de terror. Por lo mismo no era necesario recurrir al encarcelamiento. Ya vimos —citado por Vaillant— el catálogo de las penas para ciertos delitos. Frente a esas penas la cárcel,

en consecuencia, carecía de sentido, pues si cabe el término se podría hablar de una "readaptación a *prison*", es decir, de una inevitabilidad del crimen. ¿Cómo? Vaillant lo explica: "La existencia estaba sujeta al favor divino y todo el mundo llevaba una vida parecida. Por más grandes que fuesen algunas ciudades —la ciudad de México tenía trescientos mil habitantes—, el sentido comunitario era fuerte. No existían libertad de pensamiento, libertad individual, ni fortunas personales, pero la gente vivía de acuerdo con un código que había dado resultados buenos y continuos durante siglos. Un azteca se habría horrorizado ante el desnudo aislamiento de la vida individual de nuestro mundo occidental".⁶⁴

Todo régimen político draconiano, toda ley severa, toda moral implacable, reprimen la libertad y por ende, cualquier manifestación de la conducta incluidas sus desviaciones; pero es imposible negar que tal sistema encadena al hombre y lo limita.

Fray Diego Durán ofrece una visión más clara de la que bien podría ser prototipo de cárcel: precortesiana. HeLa aquí: "31 ... había una cárcel, a la cual llamaban en dos maneras, o por dos nombres. El uno era *cuauhcalli*, que quiere decir "jaula o casa de palo", y la segunda manera, era *petlacalli*, que quiere decir "casa de esteras". Estaba esta casa donde ahora está la casa de los convalecientes, en San Hipólito. Era ésta cárcel una galera grande, ancha y larga, donde, de una parte y de otra, había una jaula de maderos gruesos, con unas planchas gruesas por cobertor, y abrían por arriba una compuerta y metían por allí al preso y tomaban a tapar, y poníanle encima una losa grande; y allí empezaba a padecer mala fortuna, así en la comida como en la bebida, por haber sido esta gente la más cruel de corazón, aún

⁶⁴ Vaillant, George C.; op cit, p. 158.

para consigo mismos unos con otros que ha habido en el mundo. Y así los tenían allí encerrados hasta que se veían sus negocios.

"32. Dicen algunas personas que éstos tuvieron horca en que ahorcaban a los delincuentes. Yo he preguntado, he inquirido todo lo posible, y no hallo más de cuatro géneros de muertes con que éstos castigaban los delitos. El uno era apedrear a los adúlteros y echarlos fuera de la ciudad a los perros y auras; a los fornicarios de fornicación simple con virgen dedicada al templo, o hija de honrados padres, o con parienta, apaleado y quemado, echadas las cenizas al aire. Otra muerte había, que era arrastrar a los delincuentes con una soga por el pescuezo y echados en las lagunas. Y estos eran los sacrílegos que hurtaban las cosas sagradas de los templos.

"33. La cuarta manera era la del sacrificio, donde iban a parar los esclavos; donde unos morían abiertos por en medio; otros, degollados; otros, quemados; otros, aspados; otros, asaetados; otros, despeñados; otros, empalados; otros, desollados con los más crueles e inhumanos sacrificios..."⁶⁵

Durán, no especifica si en la cárcel de que se trata en el punto "31" metían al preso para engordarlo y después sacrificarlo o comérselo. Pero puesto que declara que el recluso padecía en la comida y la bebida, se ha de entender que se trataba de un castigo inferido por la comisión de un crimen; máxime que "los tenían allí encerrados hasta que se veían sus negocios".

El dato de que tuvieron horca para los delincuentes, supone la ausencia de una cárcel como hoy la concebimos; aparte de que la severidad de las penas hacía nugatoria, en el investigador, la posibilidad de un sistema de readaptación aunque fuera primitivo. En consecuencia, lo que parece más cierto es que haya existido la

⁶⁵ Durán, Fray Diego de; *Historia de las Indias de Nueva España e Islas de la Tierra Firme*; Porrúa, México, 1995,(Reimp.) p. 19.

pena en forma inhumana; y casi huelga señalar que penas así, fueron producto del estadio económico de los aztecas: en una etapa transicional entre comunidad primitiva y esclavismo, con un Estado incapacitado para mantener a los hombres sujetos a privación de la libertad, lo cual no impide observar sus avances en otras materias como son sus espléndidos monumentos y con muchos aspectos sociales en verdad sobresalientes.

Como se ve, hay cierta contradicción entre los textos de Vaillant y Durán. El primero opina que nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento para hacer cumplir el castigo de un crimen, y el segundo habla de cárceles en las que se supone retenían a los criminales. Sea una cosa o la otra, lo importante estriba en el hecho, comprobado, de la ferocidad del sistema penal y de la represión penal en la antigua organización social mexicana.

2.2 MÉXICO COLONIAL

Múltiples son las fuentes del derecho penal, aplicado en este país durante los siglos virreinales. El derecho indiano contiene normas penales dispersas en las *Leyes de Indias*, pero especialmente en el séptimo libro, que contiene la curiosa disposición de que las penas pecuniarias, aplicadas en las Indias, serán, como regla general, del doble de las mismas penas aplicadas en la península (LI, 7.8.5), aunque por otra parte existen medidas menos drásticas para los indios. Varias cédulas reales combaten la tendencia de ciertos jueces de moderar las penas previstas en las normas penales, o de conciliar las partes en los juicios penales, recordándoles que su trabajo no es el de juzgar las leyes, sino de ejecutarlas. Guillermo Floris Margadant

cita una Ordenanza para el Gobierno de los Indios, expedida por el virrey de la Nueva España, en 1546, que es como un Código Penal para indígenas. En sus 36 artículos cubre delitos contra la religión, la vida, integridad y libertad de las personas, la propiedad, la salud y delitos sexuales.⁶⁶

Supletoriamente estuvo en vigor el derecho penal castellano, que proporciona la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias. Este derecho, en su aspecto penal (como en otros) no es muy homogéneo: como sus fuentes se debe mencionar el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo*, el *Fuero Real*, las *Siete Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Ordenanzas Reales*, las *Leyes de Toro*, la *Nueva Recopilación* con sus reformas y adiciones (o sea, los autos acordados), y finalmente la *Novísima Recopilación*. Entre estas fuentes sobresalen las *Siete 7 Partidas*, la séptima de las cuales contiene normas de derecho penal (aunque éstas tampoco faltan en las demás *Partidas*) la materia probatoria penal se encuentra combinada con la probatoria civil. Este derecho penal de las *Partidas* combina la tradición romana con la germánica, dejando sentir a veces cierta influencia del derecho canónico. A pesar de algunos aciertos, como la libertad bajo fianza, la necesidad de una autorización judicial para el encarcelamiento y un límite de dos años para el proceso penal, se trata de un sistema penal muy primitivo, con restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, y penas crueles. Al lado de las *Partidas*, la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*, sobre todo en sus libros VIII y XII respectivamente, contienen mucho material importante para la práctica penal

⁶⁶ Floris Margadant S., Guillermo; *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*; Esfinge, México, 2001, p. 104

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

novohispánica. Paralelamente con estas fuentes, los comentaristas españoles y extranjeros, exactamente como en el caso del derecho civil, jugaban un gran papel.

Desde la época clásica romana, el derecho penal se había quedado atrás en comparación con el privado, y sólo en la segunda mitad del siglo XVIII, por la obra del marqués de Beccaria: *De los Delitos y de las Penas* (primera edición 1764), pudo comenzar aquel movimiento de racionalización y humanización del derecho penal en el cual cada generación ha producido, desde entonces, algunos nuevos adelantos. En el próximo capítulo veremos cómo este movimiento alcanzó a México a través de la loable obra legislativa de las Cortes de Cádiz.

El derecho canónico tenía su propia rama penal, y la Iglesia insistía en su privilegio de tratar determinados casos delante de sus propios tribunales, sobre todo cuando se trataba de delitos cometidos por el clero. En el "recurso de fuerza", el Estado disponía del instrumento necesario para evitar que la jurisdicción eclesiástica se extendiera a casos que el Estado quería guardar bajo su propio control jurisdiccional. Por otra parte, la censura eclesiástica y, sobre todo, la excomunión, constituía un remedio en manos de la Iglesia para sancionar a los funcionarios estatales que trazaran la línea divisoria más en beneficio del Estado de lo que la conciencia general de la época justificaba. Así surgió un delicado equilibrio entre el poder sancionador de la Iglesia y el del Estado.

Para los delitos contra la fe existió, finalmente, aquella jurisdicción especial, relativamente independiente del arzobispo mexicano, y autorizada por el Estado, que era la Inquisición. Mencionaremos todavía que ciertos delitos contra la fe fueron considerados también como delitos de orden común y estaban previstos, fuera del

derecho canónico, también en la *Nueva y la Novísima recopilación* (como el delito de blasfemia, por ejemplo).

Raúl Carrancá explica que en la lista de delitos y penas de la época Colonial se repiten los mismos delitos con penas semejantes. ¿Cuál es la razón? En primer lugar, salta a la vista una absoluta desorganización en materia legislativa. En segundo lugar, una disimilitud de criterios y de doctrinas a veces alarmante. En cuanto al robo, por ejemplo, la variedad, oscila entre la muerte en la horca con posterior corte de las manos, en un caso, y muerte en la horca con posterior descuartizamiento del cuerpo para poner las partes en las calzadas y caminos de la ciudad, en otro caso. Además de que hubo robo que se castigara sólo con azotes y cortadura de las orejas debajo de la horca. Sobre el particular no se debe perder de vista que se trataba, entonces, de una legislación eminentemente pragmática, que se hacía casi al compás de la misma vida criminal. No era, sin embargo, una legislación improvisada. Voluminosos cuerpos de leyes, que se remontaban a los primeros siglos de la historia legislativa de España, servían de inspiración y modelo.⁶⁷

Afirma que "Si algún juicio imparcial cabe sobre la Colonia es el que la descubre como una época que marcó la pauta de la actividad legislativa en México. Puesto que la Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a suelo mexicano, como sucedió con el contenido de las Constituciones de Bayona y Cádiz, se impuso una actividad febril en la materia. Se puede decir que allí se descubrió qué era lo "legislable". O sea, surgieron las necesidades y se agudizaron los rasgos del carácter. Ciertas bases fundamentales, por lo que toca al espíritu de la ley, se colocaron entonces. En medio de tan fértil y abundante creación

⁶⁷ Carrancá y Rivas, Raúl; *Derecho Penitenciario*; Porrúa, México. 1996, p. 193

de leyes, o del reajuste de las leyes antiguas a las nacientes necesidades, afloró la psicología de un pueblo en formación. Si hoy consultamos la legislación colonial refleja algunas zonas de esa psicología. Y ésta es una aportación importante.⁶⁸

2.3 MÉXICO INDEPENDIENTE

Durante la primera mitad del siglo XIX se dio una serie de leyes para el arreglo de la administración de justicia, las cuales no eran otra cosa más que una mezcla de disposiciones orgánicas para los diversos tribunales del país, así como normas adjetivas; dentro de todas éstas destaca la *Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común* de 23 de mayo de 1837, la *Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia*, de 16 de diciembre de 1853, la *Ley que Arregla los Procedimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Territorios*, de 4 de mayo de 1857, expedida por Comonfort en uso de las facultades que le otorgaba el *Plan de Ayulla*, y finalmente, la muy poco conocida *Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, decretada por Félix Zuloaga, de manera ilegítima, en 1858. La primera de ellas, la de 1837, era más bien orgánica de tribunales que propiamente procesal, por lo que la Ley de 1853 realmente representó la primera Ley procesal propiamente dicha.⁶⁹

El *Código penal del Distrito Federal*, de 1871, fue modificado varias veces bajo el porfirismo, 26 de mayo de 1884; 22 de mayo 1894; 6 de junio 1896; 5 de noviembre de 1896; 8 de diciembre 1897; 13 de diciembre 1897. Además, el 20 de

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ Soberanes Fernández, José Luis; *Historia del Derecho Mexicano*; Porrúa, México, 2001, pp 174-175.

junio de 1908 se estableció la pena de relegación en el derecho penal distrital. Una comisión, presidida por Miguel S. Macedo, que debía elaborar un amplio proyecto de reformas, no tuvo resultado práctico inmediato; cuando, en 1912, el proyecto estaba listo, la revolución ya había comenzado. Sin embargo, el proyecto influyó en el *Código penal del Distrito Federal* de 1931.

A la materia penitenciaria distrital se refieren la ley del 14 de noviembre de 1900 (cuyo antecedente es un decreto del 13 de diciembre de 1897) y el Reglamento de la Junta de Vigilancia de Cárceles del 20 de noviembre de 1900.

En materia penal federal cabe mencionar los decretos del 30 de noviembre 1889 y 11 de febrero de 1890 sobre la libertad provisional y bajo caución, la ley reglamentaria de los artículos 104 y 106 de la Constitución Federal, del 6 de junio de 1896, que establece reglas especiales en cuanto a la responsabilidad penal de altos funcionarios federales, la reglamentación de la extradición, de 1897, y la ley reglamentaria del artículo 113 de la Constitución Federal, del 12 de diciembre de 1902, que reglamenta la extradición interestatal, dentro de la República.⁷⁰

En el año de 1910, cuando la Revolución maderista abría nuevos caminos en los horizontes de México, las principales prisiones del Distrito Federal eran las siguientes: la Penitenciaría, la Cárcel General y las Casas de Corrección para Menores Varones y Mujeres, establecidas estas últimas, respectivamente, en Tlalpan y Coyoacán. También dependía de la Federación la Colonia Penal de las Islas Marías a la que se enviaban hombres o mujeres condenados a la pena de relegación.

⁷⁰ Floris Margadant S., Guillermo, op cit, p. 157.

En cada población de la República había, en ese entonces, una cárcel que en las cabeceras de municipio estaba a cargo del Ayuntamiento, y en las cabeceras de distrito a cargo de la autoridad política, lo mismo que en las capitales de Estado. En varias capitales, o sea, en el interior del país, se había adoptado el sistema penitenciario y construido las correspondientes penitenciarías. Aguascalientes carecía de penitenciaría, Campeche también, Saltillo lo mismo, Colima igualmente, Tuxtla Gutiérrez otro tanto; Chihuahua, por su parte, sólo conservaba la torre que sirvió de prisión a Hidalgo; Durango sí tenía penitenciaría, Chilpancingo carecía de ella, Guanajuato también, Pachuca otro tanto; Guadalajara, en cambio, contaba con la escuela de la penitenciaría y, por supuesto, con su penitenciaría; Toluca no tenía penitenciaría, Morelia tampoco, Monterrey sí; Cuernavaca no, aunque en el año de 1815 una de las piezas del Palacio de Cortés sirvió de prisión al caudillo Morelos (dato por demás interesante), después de la derrota de Tescmalaca (en tal pieza se puso una lápida conmemorativa costeada por el General José Ma. Ceballos); Oaxaca carecía de penitenciaría; Puebla, por su parte, sí la tuvo; Querétaro no, San Luis Potosí no, Culiacán no, Tepic sí, Hermosillo no, Tabasco no, Tlaxcala no, Jalapa no, Veracruz no, Mérida sí, Zacatecas no, La Paz no y Quintana Roo no. Como es fácil advertir, de veintisiete Estados y tres territorios (Tepic, Baja California y Quintana Roo), sólo un territorio (Tepic) y cinco Estados (Durango, Jalisco, Nuevo León, Puebla y Yucatán) contaban con penitenciarías. Es decir, ni si quiera la tercera parte del país. El dato es por demás significativo: éste era el panorama en materia penitenciaria en el México anterior a la Revolución de 1910.⁷¹

En la ciudad de México se encontraban a cargo del gobierno federal los siguientes establecimientos penales. La *Cárcel General* situada en el edificio que se

⁷¹ Carrancá y Rivas, Raúl; *Derecho Penitenciario*; op cit, p.359.

llamaba "Belem", el que servía de prisión para todos aquellos detenidos puestos a disposición de la autoridad política y de las autoridades judiciales, excepción hecha de los reos de delitos militares y de los menores de edad. En la *Cárcel General* se mantenía un régimen interior que vale la pena recordar. En primer lugar estaba dividida en departamentos diversos: para hombres, para mujeres, para encausados, para sentenciados y para detenidos a disposición de la autoridad política. Hay que recordar que hasta el año de 1907 hubo dos cárceles distintas: la de la ciudad y la *General*, sirviendo la primera para los detenidos a disposición de la autoridad política y la segunda para los reos de delitos del orden común.

Por lo que atañe a la distribución y la extensión de la *Cárcel General* no permitía llevar a cabo de una manera conveniente la separación entre hombres y mujeres. Sabemos que en su interior se practicaba la ejecución de los reos del orden común. A su vez, era de especial importancia la *Penitenciaría de México*. El proyecto de su fundación se inició en 1881 y se comenzó su construcción el 9 de mayo de 1885. Se inauguró, a su vez, el 29 de septiembre de 1900, o sea, bajo el mandato del General Porfirio Díaz. Son datos interesantes los de su costo y superficie: \$2,914, 000.00 (dos millones 914 mil pesos), y una extensión de 32,700 metros cuadrados. El edificio se construyó de acuerdo con el sistema irlandés o de Crofton. Esto significa que al comenzar el siglo XX se implantó en la Penitenciaría de México el sistema progresivo irlandés que consiste en introducir entre el segundo y tercer períodos (el segundo se caracteriza por la separación celular de los reclusos durante la noche y el trabajo en común durante el día, y el tercero por la concesión de la libertad condicional) uno intermedio en el cual los reos no llevarán el uniforme penal, se les permitirá hablar entre ellos y hasta en ocasiones trabajar fuera de la prisión, alejándose de ésta dentro de límites determinados. La planta del mencionado edificio

tenía una forma radiada. En el centro del polígono, donde convergían las crujeas, se levantaba una torre de acero cuya altura era de 35 metros hasta el extremo del pararrayos que la remataba. Dicha torre se destinaba a la vigilancia. La *Penitenciaría de México* se regía por un Consejo de Dirección, que hacía las veces de jefe inmediato de todos los servicios y al que se subordinaban los jefes de servicio y otros empleados. Contaba el establecimiento con 322 celdas para los reos del primer período (o sea, el del aislamiento celular), con 388 para los reos del segundo (la separación celular de los reclusos durante la noche y el trabajo en común durante el día) y con 104 para los del tercero (la concesión de la libertad condicional). Además de las celdas, el establecimiento contaba con talleres donde los reos trabajaban en diversas labores manuales, con una enfermería modelo y con un sistema también modelo de cocinas y panaderías. En el año de 1908 se inició una serie de obras de ampliación de la Penitenciaría.

Por lo que toca a la *Prisión Militar*, ésta ocupó el edificio que fue colegio de Santiago Tlaltelolco, donde los españoles levantaron el primer colegio para indios y una de las primeras iglesias. Allí se encontraban los reos de delitos del fuero militar, a disposición de la Comandancia Militar del Distrito y de los jueces militares.

A su vez, la antigua *fortaleza de San Juan de Ulúa* se utilizaba como prisión. Allí, como se sabe, el almirante Baudin, después de ocho meses de bloqueo con que inició Francia sus operaciones contra Veracruz en la guerra llamada de los pasteles, decidió emprender su ataque general el 27 de noviembre de 1838. Dicha fortaleza estaba sujeta al gobierno federal y en ella se confinaban los reos incorregibles, especialmente aquellos a quienes les era conmutada la pena capital por la de prisión extraordinaria de veinte años.

Es digna de mencionarse, en ese tiempo, la *Casa de Corrección para Menores Varones*. Primero se la estableció en parte de lo que era el antiguo colegio de San Pedro y San Pablo, en el año de 1880, para internar allí a los menores de edad cuyos padres lo solicitaran y que fueren sentenciados por las autoridades judiciales. Esta *Casa de Corrección* permaneció en tal sitio hasta julio de 1908, cuando en virtud de una epidemia que estalló, y por las malas condiciones higiénicas del local, fue trasladada a un nuevo edificio comenzado a construir en Tlalpan en febrero del mismo año. En la época que se cita hubo también una *Casa de Corrección para Menores Mujeres*, la que se fundó el 14 de septiembre de 1904, siendo la inauguración el 15 de noviembre de 1907. Esta *Casa* ocupó un edificio en Panzacola —barrio de la municipalidad de Coyoacán— dividido en tres departamentos iguales, separados unos de otros y que se hallaban destinados de la siguiente manera: el primero para la educación correccional de las niñas cuyos padres pidieran justificadamente su internación, así como para las menores sentenciadas judicialmente a educación correccional; el segundo para niñas encausadas y el tercero para niñas sentenciadas a reclusión. Se contaba, en tal lugar, con talleres de labores manuales.

En cuanto a la *Colonia Penitenciaria de las Islas Marias* cabe decir que fue creada por decreto expedido en junio de 1908, el que creó a su vez la pena de deportación. Dicha Colonia se hallaba destinada a los reos de delitos del orden común sentenciados a deportación; además dependía, directamente, de la Secretaría de Gobernación.

La importancia de la *Cárcel General* nos obliga a recordar algunos detalles. Como ya lo dijimos, se estableció en el que fue convento de "Belem" de México, estando destinada a procesados y sentenciados judicialmente, que no eran

trasladados a la *Penitenciaría de México*. La existencia diaria en esta Cárcel fluctuaba de 4,000 a 5,000 presos entre hombres y mujeres. Contaba, desde luego, con talleres de distintos oficios e industrias. Ahora bien, carecía prácticamente en su totalidad de las condiciones necesarias para cumplir su objeto, por lo que en el año de 1908 se empezó a activar la construcción de un nuevo edificio que se destinaría a prisión. La *Cárcel General* tenía un patio llamado del *Jardín*, donde se efectuaban las ejecuciones de sentenciados a muerte notables por sus crímenes. Entre éstos hay que destacar a Francisco del Moral, asesino de un francés de apellido Eymin, cuyo cadáver escondió después dentro de un cofre; a Antonio Rosales, asesino de un tal Bolado; a Jesús Bruno Martínez, quien asesinó al anciano relojero don Tomás Hernández Aguirre, en la calle de la Profesa; y a Florencio Morales y a Bernardo Mora, asesinos del General guatemalteco don Lisandro Barillas. La *Cárcel General* también fue teatro de evasiones célebres y audaces, como las del famoso ladrón Jesús Arriaga, comúnmente llamado *Chucho el Roto*; como las de un falsificador de apellido Larrañaga, y otras. Lo mismo se registraron fugas en masa y sangrientas, en que los presos forzaron las puertas interiores y después de matar a varios empleados llegaron hasta la calle.

Es de mencionarse, como anexa a la *Cárcel General*, la *Cárcel de Ciudad*. Se la destinaba a los sujetos que extinguían penas gubernativas por faltas o infracciones. El promedio de existencia diaria era en ella de 160 presos, entre hombres y mujeres. La Ley de Organización de Establecimientos Penales, de 1908, la refundió en la *Cárcel General*.

2.4 DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La Constitución de 1824 no contuvo ordenamientos relacionados con la pena de privación de la libertad.

Por su parte, la Constitución de 1857 dejó establecido en el artículo 18 que la privación de la libertad o prisión sólo tendría lugar cuando el delito por el cual se acusa a una persona merezca pena corporal. Se agregó que "en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se le pondrá en libertad bajo fianza, en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero.

El objetivo del Constituyente de 1857 fue considerar la privación de la libertad individual como caso de excepción y sólo cuando lo ameritara la conducta antisocial del inculpaado. De ahí el carácter de garantía incondicional otorgada al individuo tanto en la averiguación de los delitos como en el desahogo de los procesos judiciales.

Al examinar el Congreso Constituyente de 1917 esta disposición constitucional, la comisión redactora (si se hace un examen de los debates en torno al principio sustentado en 1857) separó la última parte del precepto para incluirla en el artículo 17, y respecto a la reclusión de los inculpaados estableció dos tipos de detención: una que fue denominada *preventiva* y otra *compurgatoria de la pena*, debiendo cumplirse una y otra en lugares diferentes.

Para Santiago Barajas, el propósito, como lo expresara el diputado Jara, fue asegurar a procesados y sentenciados su separación, porque podría ocurrir durante

la secuela del proceso que se presentaran causas que permitieran la libertad del procesado antes de dictar sentencia, máxime si no se había determinado su conducta antisocial, considerándose injusto mantenerlo en el mismo local en que se encontraran los reos sentenciados y sujetos a penas de prisión por determinados periodos.

Se dijo asimismo por otros diputados, que resultaba necesario atender a los caracteres personales del inculcado, "para evitar el contagio social entre los llamados *reos habituales* y los *reos primarios*, así como entre los que presentaban diversos grados de peligrosidad; organizando además el sistema penitenciario de tal manera que las especiales condiciones familiares y sociales que en ella concurren". Con tal motivo se fijaron bases legales para el tratamiento penitenciario en sus diversas modalidades, conforme a las técnicas modernas y estudios en materia penal, ya entonces avanzados, así como en la ejecución de sanciones, evitando al mismo tiempo invadir la soberanía de los estados de la República, prevista con singular acierto por el constituyente anterior. En suma, se buscó abrir el camino constitucional para intentar una reforma penitenciaria a fondo, por padecerse de enormes deficiencias tanto en locales como en sistemas, excepción hecha del penal de las Islas Marías que ya prestaba este servicio penitencial.

Puede apreciarse que sólo el primer párrafo del artículo se mantiene sin modificación desde que fue aprobada la iniciativa para una nueva estructuración del mismo, pues el segundo párrafo resultó modificado para dividirlo en cuatro partes que después se analizarán. Decía dicho párrafo en su versión original que "los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán en sus respectivos territorios el sistema penal —colonias, penitenciarías o presidios— sobre la base del

trabajo como medio de regenerar", manteniéndose esta redacción por cerca de cuarenta años. El año de 1965 según publicación hecha en el *Diario Oficial* de la Federación con fecha 23 de febrero, se estructuraron los párrafos segundo, tercero y cuarto, para establecer:

- a) La separación de las mujeres delincuentes en lugares distintos a los destinados a los hombres, por las consideraciones ya apuntadas;
- b) Obligar a los estados a seguir una conducta similar en este aspecto, siguiendo la práctica impuesta desde hacía varios años en los reclusorios de la Federación;
- c) Organizar el sistema penal del país sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación, como medios apropiados para la readaptación del delincuente;
- d) Permitir la celebración de convenios entre la Federación y los gobiernos estatales con el objeto de que los reos sentenciados por delitos del orden común extinguieran su condena en establecimientos del Ejecutivo federal;
- e) Crear instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores.

En atención al fuerte impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Como es fácil comprender, si bien las conductas inmorales – respecto de los valores dominantes- han de tolerarse en una sociedad plural, cuando están en juego las aludidas condiciones, es obvio, surge la necesidad de la ley penal. Esta necesidad no surge de la voluntad legislativa. Más que un asunto de voluntad,

los ejes definitorios están dados por las perspectivas observables en la vida en sociedad. Si se puede tolerar incluso cierta antisocialidad, difícilmente podría decirse lo mismo de las conductas que atentan contra bienes tales como la vida, la salud, la libertad, para apuntar ejemplos extremos.

Estas conductas, de no ser prohibidas nos harían vivir la ley de la selva. Nadie puede esperar, es cierto, que las normas penales las eviten por completo, pero lo cierto es que alguna influencia han tenido en la preservación de una coexistencia civilizada. La punibilidad, así, tiene un fin de prevención general. No puede ignorarse, por otra parte, que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, por lo que no se puede echar mano de él allí donde basten para garantizar las indispensables condiciones de subsistencia social, otros medios. La ley penal debe ser funcionalizada hasta convertirse en un catálogo comprimido de conductas y sanciones. Este planteamiento no es novedoso y puede parecer muy trillado. No debe pasarse por alto, sin embargo, además de la frecuente ausencia de claridad de su formulación, que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas que, en definitiva, no dañan interés social alguno. El hecho de que se sigan tipificando, por ejemplo, el adulterio o la vagancia y malvivencia, sirve para justificar la reiteración.

Tipificar conductas que no lesionan o ponen en peligro esas condiciones va en contra del mandato establecido por el artículo 39 Constitucional, que establece que el poder público se instituye (y, por tanto, se ejerce) en beneficio del pueblo. No se ejercerá el poder legislativo a favor del pueblo, sino en su contra, si se tipifican conductas si no es en función de la necesidad social: si el papel rector del derecho penal es el de preservar las condiciones mínimas de subsistencia, si excede este rol

estamos ante la perversión de la ley penal. Es decir que deban tipificarse las conductas que atentan contra esas condiciones, significa propugnar la alteración de la dirección tradicional de los códigos penales: para mantener su legitimidad, el derecho penal no deberá omitir la tipificación de ninguna de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

La tipificación de esa clase de conductas (en exclusiva) no es suficiente para que la punibilidad quede legitimada. Toda vez que la punibilidad, como integrante de la norma, busca la tutela de intereses sociales (bienes jurídicos), y éstos tienen diverso valor, la punibilidad debe expresar ese valor. Más aún, el bien jurídico debe visualizarse como un objeto "que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad".⁷² Esta postura conlleva a la necesidad de una jerarquía y una discriminación en subconjuntos de los bienes jurídicos. Todos ellos son dignos de protección, pero no se oculta la diversidad de su valla. Nadie puede dudar, pongamos por caso, que el bien jurídico tutelado en el tipo de violación es de mayor importancia que el protegido en el tipo legal de injurias. Jiménez Huerta escribe:

"Es la vida humana el bien que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente... La vida humana ocupa, pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida, salen sobrando todos los demás valores humanos. De ahí que en los modernos tiempos las leyes punitivas sancionen con las más graves penas el hecho de segar la vida del hombre, pues éste es, como Teilhard Cardin ha dicho, eje y flecha de la evolución del mundo."⁷³

⁷² Islas, Olga y Ramírez, Elpidio; *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*; Editorial Jurídica Mexicana, 1990, p. 42.

⁷³ Jiménez Huerta, Mariano; *Derecho Penal Mexicano II. La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana*; Porrúa, México, 2000, pp. 17 y 18.

Es lamentable observar, que este principio del derecho penal, entra en conflicto, en múltiples ocasiones, en los códigos de nuestro país con las directrices seguidas por el legislador. En el Código Penal para el Distrito Federal, a partir de mayo de 2000 se abre en dos vertientes independientes: la Federal y la del Distrito Federal –verdadero modelo de los códigos de los diferentes estados de la República, en términos generales- se observa que la punibilidad asociada a los tipos que tutelan bienes patrimoniales, puede dar lugar a que la punición por un delito de índole patrimonial, sea mayor que la punición por un delito de homicidio simple doloso, no obstante que el bien lesionado en éste, es más importante que ningún otro. En efecto, el Código Penal para el Distrito Federal, como el Código Penal Federal, en cuanto a los tipos patrimoniales, sigue el sistema de establecer punibilidad de acuerdo con la cuantía del bien. En el caso del robo, verbigracia, si el valor de lo robado no excede 100 veces el salario, la punibilidad es hasta de dos años de prisión y multa hasta de 100 días de salario; si excede de 100 veces pero no de 500, la punibilidad es de dos a cuatro años de prisión y de 180 días de multa, y si excede de 500 veces, la punibilidad sera mayor.

Sobre el particular *Porte Petit*, señala: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia de mismo. El artículo 7° del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria".⁷⁴ Esto, en función de que precisamente el artículo 14 constitucional, alude sin duda a la garantía penal.

⁷⁴ *Porte Petit*, op. cit.

Tampoco se puede negar a la penalidad el rango de carácter del delito so pretexto de la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficio de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y por lo tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7° del Código Penal.

Como opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias que forman el factor negativo) el delito permanece inalterable. Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, parece lógico decir que el delito es punible.

Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible. En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su anijuricidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de

consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso y temible.⁷⁵

En este orden de ideas, resulta oportuno efectuar un análisis de las sanciones penales. El capítulo III del título primero del libro primero del Código Penal Federal y del Distrito Federal, llevan el rubro de "Personas responsables de los delitos". Bajo este concepto se ocupa de lo que la dogmática penal designa *autoría* y *participación*. Existen ocho formas de intervención en el delito.

La fracción I, del artículo 13 de ambos códigos, indica que son responsables del delito "los que acuerden o preparen su realización". Se trata de la resolución de cometer el ilícito y de los actos conducentes a este fin. Para que tal conducta preliminar sea punible es necesario que se haya avanzado en la aparición del delito. No son punibles la concepción delictuosa, la concertación y los actos preparatorios, si no existe un principio de ejecución. En efecto, rige la expresión que figura a la cabeza del artículo 13: "Son responsables de delito". Es preciso, pues, que haya delito, en cualquiera de sus formas; primeramente, la tentativa.

La Fracción II del mismo precepto se refiere a la *autoría material*: son responsables "los que realicen por sí" el delito. A continuación —fracción III— se alude a los *coautores*: "los que lo realicen conjuntamente". Luego —fracción IV— se recoge la *autoría mediata*, *participación* que incumbe a "los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro", que en esta hipótesis funciona sólo como instrumento, penalmente inerte e incoloro, del verdadero delincuente: quien acciona el gatillo de un arma que otro dirige.

⁷⁵ Carrancá y Trujillo, op cit. p. 203.

En la fracción V, se establece la figura de autor intelectual, instigador o inductor, que no ejecuta por sí el delito, pero dolosamente determina a otro para que lo cometa. Dice esa fracción: "Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo", son responsables del delito. La fracción VI habla del cómplice: "Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión". Una variante de complicidad se haya en la fracción VII. "Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito". Si el acuerdo (La promesa) fuese posterior, no anterior al delito ya no habría complicidad, sino encubrimiento, que es el delito autónomo (Art. 400 ambos códigos).

Finalmente la fracción VIII del artículo 13 se refiere a la complicidad corresponsiva o autoría indeterminada, que anteriormente se trataba sólo a propósito de las lesiones y del homicidio, pese a ser una forma general de participación delictuosa. Se incrimina a "los que intervengan con otros en su comisión (del delito), aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

El ejemplo más invocado es el de la muchedumbre delincuente. Si no existiera la figura de la fracción VIII, el delito quedaría impune, o bien, todos responderían como autores. Ambas consecuencias son excesivas.

En cuanto a la pena para quien participa en complicidad corresponsiva, en el artículo 64-bis de ambos códigos penales se estipula: "hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso". La modalidad modifica el delito, a partir del tipo básico, y acarrea incremento o disminución de pena.

El artículo 14 también es relevante en materia de participación delictuosa. Sanciona por delitos que son consecuencia de los acordados y que sobrevienen sin previa deliberación de cometerlos. Aquí el Código Penal exige el enlace entre el delito previsto y el que luego resulta, dato de suma importancia si se toma en cuenta que nadie debe responder penalmente por el comportamiento ajeno. Se trata pues, de precisar que el resultado reprochable no es ajeno al delincuente; está claramente ligado al que previó y cometió; en consecuencia, debe responder por él, como derivación de su propia conducta.

El primer párrafo del artículo 14 se refiere al supuesto en que "varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros". Todos son responsables del nuevo delito, a menos que se esté en los siguientes casos, que destruirían la secuencia de la conducta y convertirían el resultado superveniente en producto de un comportamiento que no puede ser reprochado a todos.

Dichos casos son: "que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal", pues de lo contrario se trataría de un comportamiento idóneo y natural —y por ende admitido— para lograr el resultado que se pretende: instrumento y fin; "que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados", porque si lo es, deviene inescindible del delito principal y hay, por ende, una responsabilidad continua; "que no hayan sabido antes -los otros participantes- que se iba a cometer el nuevo delito", ya que de saberlo y no oponerse habrían previsto y admitido el resultado, lo cual implica dolo; y "que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho

cuanto estaba de su parte para impedirlo", hipótesis en la que se puede reproducir el comentario al caso anterior, además de otras consideraciones conectadas con la punición del encubrimiento.

La autoría y la participación aparejan las sanciones previstas para cada figura delictiva. No hay sanciones especiales para cada categoría, salvo complicidad correspondiente (Art. 64-bis CPF, CPDF)

Por otra parte, existen infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Al respecto, *Porte Petit*, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito."⁷⁶

⁷⁶ *Ibidem*.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Son varias las razones por las que un ciudadano puede ver restringido su derecho a la libertad personal, también conocida como libertad deambulatoria, libertad de circulación, etcétera.

Estas circunstancias se encuentran previstas por la Constitución y las leyes secundarias relativas al sistema penitenciario; de esta forma habrá que precisar la diferencia específica para determinar si una persona privada de la libertad, se encuentra amparada por los derechos de los internos o se mantiene en una circunstancia diversa, como puede ser la mera detención, la aprehensión o el arresto administrativo. Existen reglas comunes para los supuestos de privación de la libertad mencionados, pero no se trata de circunstancias iguales, y en cada una de ellas opera un catálogo específico de derechos que deben protegerse, así como de procedimientos diversos para garantizarlos.

El sector social al que está dirigida esta investigación, es el conformado por las personas que se encuentran reclusas en los establecimientos penitenciarios del país; dos cuestiones requieren precisarse para definir a este grupo; primero, las circunstancias por las que una persona puede encontrarse reclusa en una de estas instituciones y, segundo, las características del establecimiento penitenciario.

Respecto a la primera, son considerados internos aquellos sujetos que en virtud de una decisión judicial, ven restringido su derecho de libertad personal y, por tanto, son reclusos en una institución penitenciaria ya preventiva o punitiva, hasta en tanto no se le rehabilita el derecho de libertad al afectado.⁷⁷

Así pues, se trata de la consecuencia jurídica producida, por un lado, por el auto de formal prisión, por el que se mantiene al procesado recluso preventivamente, a fin de que siga su marcha un procedimiento judicial penal, iniciado en su contra y por el otro, la sentencia condenatoria a pena de prisión, por la que el sentenciado es o permanece recluso a fin de que cumpla con la condena impuesta.

Por lo que se refiere a la institución, no todos los centros de reclusión del país sirven para los fines arriba enunciados. De las diversas instituciones detentivas, sólo aquellas destinadas a la prisión preventiva, motivada por auto de formal prisión y las destinadas a la ejecución de la pena de prisión declarada por sentencia condenatoria firme, son consideradas establecimientos penitenciarios en estricto sentido.

Estas instituciones se rigen por condiciones distintas al resto de depósitos de custodia. Esta afirmación resulta válida en la dimensión readaptadora de la prisión, pues los requisitos que impone van más allá de un simple espacio para contener seres humanos.

Por las consideraciones anteriores, cabe afirmar que la protección de los derechos reconocidos a los internos, está directamente relacionada no sólo con el

⁷⁷ Manual de los Derechos del Interno, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 87.

estatus jurídico del ciudadano, que ve restringido su derecho a la libertad personal, sino también por el establecimiento en donde se encuentra físicamente recluso.⁷⁸

En este contexto, en el presente capítulo se analiza el marco jurídico relativo a la pena y en consecuencia, a la privación de la libertad del individuo, considerando en primera instancia, lo establecido por nuestra Constitución Política, posteriormente se abordará la ley secundaria y finalmente, se contemplará, el derecho internacional.

3.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El catálogo de los derechos de los internos es extraído de diversos documentos normativos, los cuales se irán abordando en el transcurso de este capítulo. A manera de antecedente y con fines meramente explicativos, podemos afirmar que los derechos de los internos pueden clasificarse en tres rubros, que son:

- **Humanos.-** Los relativos a su calidad de persona humana.
- **Fundamentales.-** Las garantías individuales, que son los derechos reconocidos en el texto constitucional, así como en los diversos documentos internacionales que siguen vigentes a pesar de la situación de reclusión.
- **Específicos.-** Los que adquieren las personas presas, por el hecho de encontrarse en dicha situación, y que se refieren, sobre todo, a la especial circunstancia de la reclusión, estos derechos están reconocidos tanto en la legislación nacional como en documentos internacionales.⁷⁹

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 88-89.

Asimismo, se puede mencionar un cuarto grupo —negativo respecto de los anteriores—, que se refiere al conjunto de derechos que legítimamente pueden restringirse y aun suspenderse temporalmente en función de la ejecución de la pena de prisión.

Esta circunstancia se encuentra prevista en nuestra legislación y se refiere a derechos muy concretos, conforme a los artículos 34 constitucional y 49 del Código Penal Federal, de los que se deduce cuáles son las restricciones o suspensiones al ejercicio de ciertos derechos, distintos de los que pueden y deben ser inmediatamente restablecidos, si no se quiere, con ello, poner en riesgo la legalidad de la ejecución.

Con todo, el problema fundamental sigue siendo, adelantando un poco el propósito del capítulo cuarto de este trabajo, el mecanismo de protección de estos derechos, francamente insuficiente en el contexto jurídico penitenciario mexicano y que conllevan al fracaso del sistema penitenciario.

La libertad, después de la vida, es el bien jurídico de mayor importancia con que cuenta toda persona, es por ese motivo que el constituyente se preocupó por establecer normas, en la propia carta magna, que garantizaran a los gobernados que esa libertad no les sería restringida sino en determinados casos y previa satisfacción de determinados requisitos.

Así, en principio y como regla general, debe señalarse que la pena privativa de libertad, se encuentra establecida en diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales transcribimos a continuación:

El primer artículo que se localiza en nuestra Carta Magna, relacionado con el tema en cuestión, es el 14 y establece que:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata..."

Interpretando esta disposición en lo relativo a la libertad, se puede observar que la misma, se encuentra protegida constitucionalmente, ya que solo podrá restringirse cuando se cumplan con determinados requisitos, tales como, un juicio previo, por delitos señalados por la ley y publicados antes de la realización de los hechos que originaron el daño social.

Esto significa que el juicio previo es el marco jurídico necesario que presenta el régimen de derecho, para que toda afectación a la esfera jurídica del gobernado, no solo la corporal, sino de cualquier índole, y con el propósito de salvaguardar sus derechos, se hace imprescindible que los posibles afectados expresen sus puntos de defensa para ser escuchados y tomados en cuenta en juicio, a fin de evitar arbitrariedades, y lograr dar satisfacción a la garantía de audiencia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En segundo término, y no por eso de menor importancia, se encuentra lo establecido en el artículo 16 constitucional. Este artículo establece lo siguiente:

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

Esto significa en materia penal, que ninguna persona puede ser privada de su libertad, si no existe una orden de aprehensión o en su caso de comparecencia, emitida por autoridad judicial competente, en la que se cumplan los requisitos previstos por el segundo párrafo del artículo 16 constitucional.

"...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

No obstante, resulta oportuno destacar, que en la propia Constitución se han establecido dos excepciones a esta regla, en las que el probable autor del delito, puede ser detenido sin que exista una orden de aprehensión, estos son: el caso de la flagrancia en la comisión de un delito y el caso de urgencia, mismos que se encuentran claramente regulados en los párrafos cuarto y quinto del mismo artículo 16 constitucional, la detención así realizada, por mandato del séptimo párrafo del numeral en comento, debe ser calificada por el juez, en cuanto se ha puesto a su disposición al inculpado; en este orden de ideas, el juez que recibe la consignación del detenido, en el acto mismo en que redacta el expediente, está obligado a verificar si la persona que está a su disposición, fue detenida por encontrarse en flagrancia o

en caso de urgencia, conforme a los párrafos señalados, y en su caso, ratificar la detención o decretar la libertad del inculpado con las reservas de ley, esto se encuentra contenido en iguales términos en los artículos 286 bis del CPPDF y el 134 del CFPP. A este respecto, el artículo 16 constitucional señala:

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ahora bien, particularizando más en el tema, la misma Constitución, establece, en su artículo 18, que habrá lugar a decretar la prisión preventiva cuando el delito de que estén conociendo los tribunales, se castigue con pena privativa de libertad:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

De este artículo, se infiere que constitucionalmente, sólo podrá recluírse a un ciudadano en alguna institución penitenciaria, cuando se trate de prisión preventiva, decretada por auto de formal prisión, o bien de la ejecución de la pena privativa propiamente dicha, obligada por sentencia firme ejecutoriada.

La prisión preventiva es la medida consistente en "...privar de la libertad a los sujetos a quien se atribuye la comisión de un delito en tanto se le sigue el correspondiente proceso y tiene por objeto asegurar que el inculpado, no se sustraerá de la acción de la justicia, es decir, evadir la acción punitiva del Estado"⁸⁰; esta prisión preventiva como se mencionó en el párrafo anterior se inicia con el auto de formal prisión y concluye con la sentencia de ejecutoria, y lógicamente sólo operará cuando se trate de delitos que tengan señalada pena de prisión, ya que en el evento de que la pena aplicable al caso concreto, sea alternativa, no procederá la prisión preventiva.

Por lo tanto, si el delito por el que se sigue proceso a una persona, es sancionable con pena alternativa, y se le sometiera a prisión preventiva, podrá impugnarse esta resolución por la vía del juicio de garantías, por violaciones al mismo artículo 18 o bien, al artículo 19 de la propia Constitución si el auto de formal prisión fue indebidamente dictado.

Como se menciona en párrafos anteriores, la prisión preventiva no es una pena, sin una medida para asegurar la permanencia del inculpado durante el desarrollo del proceso, en la que bien puede obtener una sentencia absolutoria. En

⁸⁰ García Ramírez, Sergio, *La Unificación del Sistema Penitenciario Mexicano*, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, p. 122.

cambio, la prisión como pena es una sanción que se aplica a quien ya se le ha dictado una sentencia, en la que se consideró, que conforme a las leyes aplicables, es penalmente responsable de la comisión de un delito y ha sido condenado a cumplir una pena privativa de libertad.⁸¹

En la misma disposición en análisis, es decir el artículo 18, se establece la obligación para la Federación y los Estados, de organizar el sistema penitenciario en el ámbito de sus propias competencias, ya sea que se trate de delitos que competan a los tribunales locales o federales. Es de destacarse que en ningún momento, la Constitución faculta a los municipios para el establecimiento de instituciones penitenciarias, por lo que las facultades en esta materia, deben entenderse reservadas para los gobiernos federales y estatales.

En el artículo 20 constitucional, se contiene un cúmulo vasto de garantías fundamentales inviolables del presunto responsable de un delito, que merezca pena privativa de libertad, entre estas garantías, la establecida en la fracción I, es especialmente importante en el tema que estamos tratando, en virtud de señalar que: la persona en contra de quien se sigue un procedimiento penal, tiene derecho de continuar en libertad, previo otorgamiento de la garantía correspondiente, si el delito cuya comisión se le atribuye, no está considerado grave por la ley.

Tal disposición se deriva de una de las formas en que el Estado, atendiendo a la gravedad del delito, considera que la rehabilitación de un sujeto de poca peligrosidad o que por culpa, se vea en esta situación de hecho y derecho, se

⁸¹ *Ibidem*, p. 124.

rehabilitará en términos mucho más favorables, reincorporándolo a la sociedad de forma inmediata.

Dicha garantía, es decir la "libertad provisional bajo caución", es sin duda, una de las más acabadas en términos de derecho penal, puesto que, tiene por objeto, garantizar el desarrollo del proceso, sin que el inculcado, se sustraiga a la acción de la justicia, pero velando porque el mismo, sin importar que se encuentre considerado como probable responsable de un delito, goce de la libertad como el bien jurídico más importante después de la vida.⁶²

En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá

⁶² Peláez, Mercedes, "Algunas Consideraciones sobre el Marco Jurídico que rige los Centros de Reclusión", Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, México, núm. 5, mayo-agosto de 1999, p. 54.

modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión.

En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

B. De la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

- III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;*
- IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.*

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

- V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y*
- VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.*

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

Por ultimo, y atendiendo a la totalidad del texto constitucional, un cuerpo numeroso de derechos fundamentales permanece vigente, respecto al patrimonio jurídico del preso, no obstante las notables restricciones que para éste se previenen, como es el caso de la suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos, situación que opera desde que es decretado el auto de formal prisión, tal como lo contempla el artículo 34 constitucional.

En todo caso, se cree, que debe entenderse la relación jurídico-penitenciaria como una relación especial entre la autoridad y el ciudadano, que de ninguna manera anula a éste y que por el contrario, resulta indispensable entender la reclusión como una circunstancia legítima, y fundamentada en el principio de legalidad, por lo que cada una de las partes, tiene derechos y lógicamente, obligaciones específicamente reconocidas y tuteladas por la ley, luego entonces, debe hablarse de un ciudadano preso y no sólo de un preso, pues esta idea refleja que esta persona puede y debe seguir interactuando en la comunidad jurídicamente organizada, pues su calidad de ciudadano no es anulada.⁸³

3.2 CÓDIGO PENAL FEDERAL

En este punto se analiza el marco jurídico de la pena de privación de la libertad, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal Federal, por ser esta la norma particular en materia penal.

⁸³ *Ibidem*, pp. 56-57.

Antes de continuar, es oportuno mencionar que al revisar diferente bibliografía, específicamente, tesis de grado, se advierte que no con poca frecuencia, suele confundirse la ejecución de pena con la pena privativa de libertad, siendo que la primera se refiere a la reglamentación y forma en que han de compurgarse las penas impuestas y la segunda, esto es, la pena privativa de libertad, hace referencia a la normatividad aplicable a la privación de la libertad o garantía deambulatoria, pero no a la forma de ejecutar la misma.

A este respecto, señala Sergio García Ramírez que: "El marco jurídico de la ejecución penal, está constituido por el derecho penitenciario, en cuanto a la ejecución de la pena de prisión, sin embargo, mediante una visión mas amplia, el derecho de ejecución penal, es realmente una rama del derecho penal de reciente estructuración; ya que en etapas anteriores, esta ejecución, había sido considerada como una actividad discrecional de las autoridades responsables, con tendencia represiva o correccional, pero más de carácter administrativo que jurídico".⁶⁴

Ahora bien, volviendo a lo estipulado por el Código Penal Federal, cabe mencionar, que el primer artículo dirigido a la pena privativa de libertad en este instrumento, se encuentra en el título segundo de las penas y medidas de seguridad:

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son: 1 *prisión*....

El artículo 25 del mismo Código, señala que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a 40 años, con excepción de lo

⁶⁴ García Ramírez, Sergio, *Legislación y Correccional (Comentada)*, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1998, pp. 5-6.

previsto por los artículos 315 bis, 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de 50 años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimiento o lugares que al efecto, señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

Ahora bien, antes de continuar, se estima pertinente insertar algunos conceptos relativos al término de "prisión", a fin de lograr relacionar este vocablo con la pena privativa de libertad no obstante, que pareciera ser evidente.

Este vocablo se deriva del latín *prehension-onis*, que significa detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad, sitio donde se encierra y asegura a los presos.⁸⁵

La Constitución considera a la prisión como "...el establecimiento destinado al compurgamiento de la pena corporal", entendiéndose por pena corporal, la privación de la libertad corporal en sentido restringido, y no en sentido amplio, ya que éste comprende todos los males que se imponen al cuerpo de una persona, para ocasionar un dolor u obrar en molestias del condenado.

Algunas legislaciones, suelen utilizar como sinónimo del término prisión el de "cárcel", sin embargo, ésta precede a los presidios, prisiones o penitenciarías; por lo que histórica y técnicamente, es aplicada al local o edificio en que se aloja a los presos una vez que han sido sometidos a un juicio penal, en tanto que prisión y penitenciaría, son destinados a los sentenciados, esto es a los condenados sin

⁸⁵ Diccionario Jurídico.

justicia.⁸⁶

Para Cuello Calón, la prisión es "el establecimiento penal en donde se recluye a los condenados y donde permanecen en mayor o menor grado, privados de su libertad, sometidos a un determinado régimen de vida, y por lo común, sujetos a la obligación de trabajar".⁸⁷

Luego entonces, una vez analizados estos conceptos, es factible llegar a la conclusión de que "la prisión, es el sitio donde se ejecutan las sentencias de un sujeto condenado, con pena privativa de libertad corporal, por haber cometido un delito que previamente se establezca".

Ahora bien, retomando lo establecido por el Código Penal (Fed. y D.F) en función de la pena privativa, otro artículo que guarda estrecha relación con la misma es el 99, el que señala:

"La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso".

Cabe destacar que en estricto sentido, debe entenderse por rehabilitación, la recuperación de los derechos del delincuente, que se pierden por haber sufrido una condena impuesta por la autoridad penal competente.

⁸⁶ Beristáin, Antonio, op. cit. p. 89.

⁸⁷ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Porrúa, México, 1987. P. 63.

La rehabilitación *res-habills*, es una institución jurídica que con el paso del tiempo, se extendió a otros ámbitos. Con ella, originalmente se pretendió restituir todo los derechos que se anulan a la persona del delincuente, por el hecho de haber infringido el derecho penal. El hecho de anular, es el estigma o marca, que el propio derecho positivo impone, y además, extingue de plano la responsabilidad nacida de la omisión o comisión de la acción sancionada penalmente.⁸⁸

La rehabilitación, así mismo, está estrechamente relacionada con la evolución del sentido de la pena, nacida de las escuelas positivistas del siglo XIX y como resultado del nacimiento y evolución de la criminología, en este aspecto, el concepto se ha nutrido y tiene su origen real, esto es mucho más intenso, que el derivado del campo jurídico.⁸⁹

Igualmente, su significado corre con la criminología crítica. En relación con la primera, se encuentra aliada a los conceptos de pena-readaptación, pena-resocialización y pena-repersonalización, en contraposición al sentido de pena-castigo, o pena-retribución del derecho penal clásico.⁹⁰

En el Código Federal de Procedimientos Penales se aborda la rehabilitación de la siguiente manera:

Artículo 569.- La rehabilitación de los derechos políticos se otorgará en la forma y términos que disponga la Ley Orgánica del artículo 38 de la Constitución.

⁸⁸ Peláez, Mercedes, "Algunas Reflexiones Sobre la Readaptación Social", *Criminalia*, México, año LXIII, mayo-agosto de 1999, p. 39.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 39-40.

Artículo 570.- La rehabilitación de los derechos civiles o políticos no procederá mientras el reo esté extinguiendo la sanción privativa de libertad.

Artículo 571.- Si el reo hubiere extinguido ya la sanción privativa de libertad, o si ésta no le hubiere sido impuesta, pasado el término que señala el artículo siguiente, podrá ocurrir al tribunal que haya dictado la sentencia irrevocable, solicitando se le rehabilite en los derechos de que se le privó, o en cuyo ejercicio estuviere suspenso, para lo cual acompañará a su escrito relativo los documentos siguientes:

- i. Un certificado expedido por la autoridad que corresponda, que acredite haber extinguido la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto, o que se le concedió la conmutación, o el indulto, en su caso; y
- ii. Un certificado de la autoridad municipal del lugar donde hubiere residido desde que comenzó a sufrir la inhabilitación, o la suspensión, y una información recibida por la misma autoridad, con audiencia del Ministerio Público, que demuestre que el promovente ha observado buena conducta continua desde que comenzó a sufrir su pena, y que ha dado pruebas de haber contraído hábitos de orden, trabajo y moralidad.

Artículo 572.- Si la pena impuesta al reo hubiere sido la de inhabilitación o suspensión por seis o más años, no podrá ser rehabilitado antes de que transcurran tres años, contados desde que hubiere comenzado a extinguirla.

Si la inhabilitación o suspensión fuere por menos de seis años, el reo podrá solicitar su rehabilitación cuando haya extinguido la mitad de la pena.

Artículo 573.- Recibida la solicitud, el tribunal, a instancia del Ministerio Público o de oficio, si lo creyere necesario, recabará informes más amplios para dejar perfectamente precisada la conducta del reo.

Artículo 574.- Recibidas las informaciones, o desde luego si no se estimaren necesarias, el tribunal decidirá dentro de tres días, oyendo al Ministerio Público y al peticionario, si es o no fundada la solicitud. En el primer caso remitirá las actuaciones originales, con su informe, al Ejecutivo de la Unión, por conducto de la Secretaría de Gobernación, a efecto de que resuelva en definitiva lo que fuere procedente. Si se concediere la rehabilitación se publicará en el "Diario Oficial" de la Federación; si se negare, se dejarán expeditos al reo sus derechos para que pueda solicitarla de nuevo después de un año.

Artículo 575.- Concedida la rehabilitación por el Ejecutivo, la Secretaría de Gobernación comunicará la resolución al tribunal correspondiente, para que haga la anotación respectiva en el proceso.

Artículo 576.- Al que una vez se le hubiere concedido la rehabilitación, nunca se le podrá conceder otra.

3.3 LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL

En el ámbito federal, es la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, el texto normativo que en principio pretende cumplir con el desarrollo secundario del artículo 18 constitucional, así como dar cumplimiento a los lineamientos internacionales en materia de prisiones.

Importante y fructífera fue en una época la tarea que desempeñó la ley; sin embargo, este texto legal fue rápidamente rebasado por una circunstancia política insuperable en el momento de su expedición, la suspicacia que despertaba entre los círculos federalistas la idea de una ley dictada desde el centro.

Al declararse, por la propia ley, potestad de los estados para su observancia, se produjo la multiplicación legislativa de la materia, y cuando lo más adecuado hubiese sido un respaldo general al texto federal, los gobiernos estatales se dieron a la tarea de expedir leyes ejecutivas penales en las que se introducían con mayor o menor precisión las disposiciones del texto federal. De cualquier manera, el daño se hizo.

La dispersión normativa agravó el problema que representa para la ejecución penal la inseguridad jurídica y la ausencia de mecanismos concretos de protección de los derechos del grupo social, tanto por la confusión propia de la dispersión, como por la inestabilidad de las instancias administrativas penitenciarias y finalmente por la no concreción de un mecanismo de protección eficaz.

No obstante, el texto secundario es de vital importancia por lo que al catálogo de derechos de los internos se refiere; sobre todo, por aquellos de que son titulares en virtud de la situación de encierro, y vasta decir que muchos de estos derechos están condicionados a una supuesta rehabilitación, como es el caso de la concesión de la libertad anticipada en función de:

- Tratamiento preliberacional, que puede consistir en traslado a institución abierta y prisión intermitente, a través de la concesión de permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.
- Remisión parcial de la pena, que consiste en la disminución del tiempo efectivo de la condena a la razón de un día de prisión por cada dos de

trabajo, siempre que el recluso observe buena conducta, participe en las actividades educativas y revele por otros, datos de efectiva readaptación social.

El otorgamiento de la remisión se sujeta además a la reparación o garantía de reparación de los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, el Código Penal Federal establece en el artículo 84, la posibilidad de obtener la libertad de manera anticipada, a través de la libertad preparatoria, como un derecho del interno cuando ha satisfecho los requisitos que este mismo artículo establece:

- Cumplimiento de las tres quintas partes de la condena (60%) aproximadamente, cuando se trata de delitos intencionales o la mitad de la condena (50%) en el caso de delitos imprudenciales.
- Buena conducta durante la ejecución de la condena.
- Dictamen del consejo en el que se presume la readaptación social del interno, así como la presunción de que no volverá a delinquir.
- Que repare o se comprometa a reparar el daño causado.

La remisión parcial de la pena por trabajo y la libertad preparatoria están sujetas a varias condiciones:

- Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informar a la autoridad ejecutora de los cambios de domicilio.

- Tener trabajo fijo.
- Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de sustancias tóxicas.
- Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerido.

Como se puede observar de nueva cuenta, sin una buena readaptación a la vida social, estos derechos y prerrogativas, pasan a ser letra muerta, situación difícil tanto para el interno como para la sociedad.

En el ámbito común, por lo que se refiere al Distrito Federal, fue recientemente expedida la Ley de Ejecución de Sanciones Penales (LESP), la que tiene por objeto normar la ejecución de las sanciones penales impuestas por los tribunales competentes.

En concreto, las disposiciones que contiene esta Ley son prácticamente las mismas que las contenidas en la Ley de Normas Mínimas; sobre todo, por lo que se refiere a los derechos de que son titulares los internos del sistema penitenciario del Distrito Federal.

Se establecen como derechos: el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación; una adecuada clasificación y ubicación; el tratamiento; la sustitución, y dentro de los beneficios: el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la

remisión parcial de la pena, la adecuación y modificación no esencial de la pena de prisión, así como la asistencia pospenitenciaria.

En el caso de la LESP para el Distrito Federal, el otorgamiento del tratamiento preliberacional requiere cumplir los siguientes requisitos:

- Que se haya compurgado el 50% de la pena impuesta.
- Que haya trabajado en actividades industriales, de servicios generales o actividades educativas.
- Que haya observado buena conducta.
- Que participe en las actividades educativas, recreativas, culturales y deportivas organizadas por la institución.
- Que la reparación del daño haya sido cubierta, garantizada o declarada prescrita.

La libertad preparatoria está sujeta a los siguientes requisitos:

- Haber cumplido las tres quintas partes (60% aproximadamente) de la condena, en el caso de delitos dolosos, y el 50% en el caso de delitos culposos.
- Haber acreditado niveles de instrucción durante el tiempo de reclusión.
- Haber participado en el área laboral, educativa o cultural.
- Haber cubierto o garantizado la reparación del daño, o bien, que ésta haya sido declarada prescrita.

La remisión parcial de la pena opera básicamente de la misma manera que a nivel federal, por lo que por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el interno observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social.

Las condiciones a las que se sujeta el ejercicio de estos derechos están señaladas en el artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal, y son prácticamente las mismas que en el orden federal.

La LESP para el Distrito Federal establece la posibilidad de recurrir a la negación del beneficio de la libertad anticipada ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Distrito Federal.

Un número significativo de cuestiones que podían haber sido resueltas con la expedición de esta Ley se obviaron o se pospusieron para su desarrollo en una ley posterior. Sobre todo por lo que se refiere al principio de reserva de ley en cuanto al establecimiento de los derechos y obligaciones de los internos; así como a la tipificación de las faltas y al establecimiento de las sanciones disciplinarias, por motivo de hechos que se cometan en el interior de un centro de reclusión; en este mismo sentido, es necesario apuntar que, hasta en tanto no se expida la normatividad complementaria que prevé la misma Ley que se comenta, seguirá aplicándose el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.

Se agrava con ello la situación de dispersión normativa de la que se hablaba en las primeras líneas de este trabajo. La tendencia a regular las condiciones de la ejecución de la pena por disposiciones normativas de rango inferior a de la Ley es manifiesta, por lo que las posibilidades de recurrir las decisiones de la autoridad ejecutora, a través del amparo indirecto, durante la ejecución, sigue siendo el recurso con mayores posibilidades de éxito.

Es necesario, pues, insistir en la necesidad de la unificación de la normatividad ejecutiva; un solo cuerpo de leyes de ejecución que permita garantizar los principios de legalidad y jerarquía normativa, derivada de la Constitución, ley de ejecución, ley penitenciaria y reglamento tipo, en función del régimen interno de la institución, según su clasificación, para estar en posibilidades de lograr la readaptación de los internos, pues es bien sabido que una norma que no resuelve los problemas y demandas sociales no tiene razón de ser.

3.4 DERECHO INTERNACIONAL

El complejo problema de la reforma penitenciaria es hoy en día tema del estudio más intenso por parte de los gobiernos y de los penólogos, en vista de la crisis que sufre la prisión como pena, idea que se refleja, con intensas tonalidades en las imperfecciones de cárceles y penitenciarias, o bien, en el fracaso abrumador de los métodos puestos en uso para lograr la resocialización o readaptación de los penados.⁹¹

⁹¹ Carrancá y Rivas, Paúl; *Derecho Penitenciario Cárceles y Penas en México*; Porrúa, México, 1996, p. 444.

En tal virtud desde hace casi 40 años la Organización de las Naciones Unidas empezó a recoger lo más importante de la corriente de reacción frente a la crisis carcelaria, prueba de lo cual, es que a partir de 1955, con la promulgación de las Reglas Mínimas sobre Tratamiento de Reclusos por la Organización de Naciones Unidas, tiene lugar la internacionalización de los criterios básicos sobre los que debe llevarse a cabo la reclusión en los centros penitenciarios.

Este fenómeno no es más que una muestra de la necesidad de multiplicación y especificación de los derechos humanos, circunstancia determinada por la influencia de la creciente idea de proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad, a la promulgación de estas reglas le sigue un movimiento, igualmente internacional, de positivación de las garantías mínimas del sistema ejecutivo en los ordenamientos jurídicos nacionales que en México se materializa con la expedición de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 1971.⁹²

Se han sucedido en el transcurso de las décadas siguientes, una serie de documentos internacionales relativos al reconocimiento de la vulnerabilidad social de los grupos de presos y detenidos, con la finalidad de precisar y actualizar el catálogo de derechos que deben protegerse en virtud de la circunstancia de encierro.

Las disposiciones internacionales en esta materia complementan un cúmulo más de textos relativos al reconocimiento de los derechos humanos de las personas, que evidentemente conllevan la readaptación o rehabilitación como uno de los puntos medulares en estas convenciones, así mismo y sobra decirlo, resulta de vital

⁹² *Ibidem*, p. 445.

importancia, para que los derechos humanos no se vean afectados en su totalidad, por el pliego de la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, y que en consecuencia, siguen vigentes para el ciudadano preso, tal como lo establecen la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José, las convenciones Internacional e Interamericana contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, las Reglas sobre Administración de Justicia y Tratamiento de Detenidos, etcétera; que aunque no todas ellas, sean vinculantes para México, si muestran un clara tendencia de hacia dónde se dirige el trato y las condiciones de reclusión en el ámbito internacional. Las cuales pueden, y deben ser, instrumentos que sirvan para medir el grado de reconocimiento y protección de los derechos de este grupo de ciudadanos, con la intrínseca labor de readaptación.

CAPITULO IV

HACIA UN SISTEMA PENITENCIARIO HUMANISTA

Después de dar lectura a diversa bibliografía sobre el tema, se puede afirmar que el constituyente de 1917 logró vislumbrar en su artículo 18 la necesidad de establecer dos tipos de detención para las personas que hubieran cometido un delito, o bien que fueran probables responsables de la comisión de alguno, haciendo esta distinción, establece los tipos de detención: la primera que fue denominada preventiva y la segunda, llamada compurgatoria de la pena, debiendo cumplirse una y otra en lugares diferentes.

4.1 EL ESPÍRITU DEL ARTICULO 18

El propósito del artículo 18 Constitucional, como lo expresara el diputado Jara, fue asegurar a procesados y sentenciados su separación, porque podría ocurrir que durante la secuela del proceso, se presentaran causas que permitieran la libertad del procesado antes de dictar sentencia, máxime, si no se había determinado su conducta antisocial, considerando injusto mantenerlos en el mismo local en que se encontraban los reos sentenciados, sujetos a penas de prisión por determinados periodos.⁹³

Se dijo, asimismo, por otros diputados, que resultaba necesario atender a los caracteres personales del inculpado, para evitar el contagio social entre los llamados

⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada); Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002. p. 45

reos habituales y los reos primarios, así como entre los que presentaban diversos grados de peligrosidad; organizando además el sistema penitenciario de tal manera, que las especiales condiciones familiares y sociales que en ellas concurren. Con tal motivo se fijaron bases legales para el tratamiento penitenciario en sus diversas modalidades, conforme a las técnicas modernas y estudios en materia penal, ya para esas fechas avanzado, así como la ejecución de sanciones, evitando, al mismo tiempo, invadir la soberanía de los estados de la República, prevista con singular acierto por el constituyente anterior, esto es el de 1857.⁹⁴

En suma, se buscó abrir el camino constitucional para intentar una reforma del sistema penitenciario a fondo, por padecer este, de enormes deficiencias tanto locales como federales, de esta forma la exigencia para privar de la libertad a un presunto responsable y mantenerlo en un lugar seguro, deriva de un interés elemental de orden público: el individuo a quien fundadamente se supone autor de un delito, se ve segregado del medio social, tanto para evitar que su libre actividad pueda resultar peligrosa, como para facilitar al representante de la sociedad, el acopio de pruebas que permitan el esclarecimiento de la verdad, situación que sería de difícil cumplimiento si el acusado estuviera libre.

Una vez concluida la averiguación y comprobada la presunta responsabilidad del reo, debe ser entregado a la autoridad judicial, exigiendo a esta, que se le mantenga en un lugar adecuado y seguro. De esta manera, como se inicia la prisión preventiva del inculpado, quien queda sujeto al proceso penal, bajo la responsabilidad del juez que debe instruir el proceso correspondiente, logrando así, que el acusado, no se sustraiga a la acción de la justicia, mediante su reclusión en

⁹⁴ Ibidem.

local conveniente, adaptado para llevar a cabo todas las diligencias procesales, con las máximas medidas de seguridad.⁹⁵

Pronunciada sentencia y encontrándose culpable el reo, la prisión preventiva concluye para él, y, si debe compurgar una pena, la misma deberá ser en una penitenciaría, presidio o colonia penal, como expresaba originalmente el artículo 18. Por lo tanto, deberá ser trasladado del reclusorio respectivo a un nuevo establecimiento, donde habrá de permanecer el tiempo por el cual haya sido condenado, así al momento de imponerse una pena privativa de libertad, el Estado no sólo busca sancionar el delito sino estar en posibilidades de reintegrar a ese ciudadano a la sociedad, al momento de que alcance su libertad, implantando para tal objetivo el derecho a la readaptación social.

En relación a lo antes descrito, existen un conjunto de derechos conformados por aquellas garantías dirigidas a proteger la legalidad de la ejecución desde el punto de vista material, es decir, del contenido de la mismas, se infiere que estos derechos, protegen la orientación de la pena de prisión y se dirigen materialmente, hacia la recuperación social del delincuente.

En general, son compartidos tanto por los internos en calidad de procesados, como por los sentenciados, pues su finalidad consiste en garantizar una reclusión humanizada y controlada legalmente.

De los derechos que aseguran en primer lugar, la ya mencionada distinción entre procesados y sentenciados, se encuentran los de seguridad jurídica, que puede

⁹⁵ *Ibidem.* p. 47.

traducirse en el conocimiento preciso de la condición de procesado, así como la ubicación exacta y la plena identificación, junto con los mencionados en el rubro anterior; así como la separación física de los sentenciados, la ubicación en centro femenino o varonil.

El resto de derechos insertados en este rubro, pueden ser ejercidos tanto por los procesados como por los sentenciados, con excepción de los relativos a los beneficios penitenciarios, así la totalidad de estos derechos, pueden entenderse como derivados del derecho genérico a la readaptación social.

En nuestro sistema, el término readaptación social, carece de contenido jurídico; sin embargo, debe rescatarse la idea de la reinserción productiva a la sociedad como derecho del interno sentenciado.

Esta reincorporación social, se traduce en las condiciones que la ejecución, como proceso, debe proporcionar al interno a fin de que continúe con una vida en libertad, que le permita su subsistencia y la de su familia en condiciones que aseguren su dignidad y la renuncia a la vida delictiva. Por tanto, el interno está en posición de esperar de la autoridad penitenciaria, las condiciones mínimas para el logro de esa finalidad readaptadora, a través de la concreción material de los derechos que a continuación se tratan.

En primer lugar debe mencionarse el derecho al tratamiento, por el que se posibilita una adecuada clasificación, así como la instrumentación de los mecanismos readaptadores, como la educación, la capacitación y el trabajo.

Estos mecanismos deberán adecuarse a las características, necesidades y capacidades del interno, en una comprensión no sólo física, sino también psicológica y social del mismo. Su aplicación debe contar con la aceptación expresa del interno.

El seguimiento y evaluación del tratamiento permite condicionar los grados por los que atraviesa éste, lo que se traduce en beneficios de régimen para el interno. No está de más decir que el tratamiento debe ser establecido, verificado y evaluado por personal especializado en diversas ramas del conocimiento científico y no por cualquier individuo que forme parte del personal penitenciario.

Por lo demás, las medidas de tratamiento son tomadas en cuenta para la obtención de otros beneficios, en esta virtud, su aprovechamiento es recomendable, siempre y cuando no implique una medida de presión para la población.

Los llamados beneficios penitenciarios consisten en medidas incentivadas por el tratamiento para la obtención de la libertad anticipada. Este mecanismo permite a la autoridad ejecutiva reducir el tiempo efectivo de la condena a través de tres vías:

- la libertad preparatoria,
- la remisión parcial de la pena, y
- la preliberación.

Cada una de estas tres posibilidades, requiere condiciones distintas; sin embargo, para acceder a ellas, basta con que se haya declarado la firmeza de la sentencia condenatoria.

La idea de la recuperación social positiva del infractor para la sociedad, hace que al contacto del recluso con el exterior, se le atribuya gran importancia y trascendencia.

Sin lugar a dudas, uno de los mejores incentivos de la readaptación, es el contacto continuo con la familia del interno, por lo que la visita familiar e íntima deben promoverse y protegerse.

Sin embargo, hay que mencionar que no es la frecuencia de la visita tan importante como la calidad de la misma. En este sentido, cabe destacar la problemática que representa para la productividad laboral del interno y para su propia estabilidad, el deficiente sistema de horarios para visita, que determina la frecuencia en vez de la calidad. Podría mejorarse la calidad de las visitas familiar e íntima, si se potenciaran los factores que mejoran la calidad de vida del interno; entre ellos, el trabajo. Los requisitos para proceder a la visita son informados por el área de servicio social de cada centro, estos requisitos tienen como finalidad proteger y garantizar la seguridad de la misma.

El contacto con el exterior no se limita a la visita: numerosas instituciones de asistencia privada o pública han colaborado con la institución penitenciaria, en lo que se conoció como el voluntariado de prisiones.

Estos voluntarios llevan a la población interna atención, la que en muchos aspectos, ha descuidado la autoridad penitenciaria o está imposibilitada para facilitar, como la asistencia espiritual o religiosa. Se cuentan también, entre los voluntarios, grupos educativos o culturales.

Sin embargo, esta asistencia está poco organizada y definida y su auxilio no es permanente, lo que impide la apreciación de resultados positivos a largo plazo. Es necesario abrir las prisiones a la sociedad, aunque también es cierto que debe hacerse de manera regulada, a fin de establecer líneas de acción conjuntas para que los esfuerzos no se diluyan.

Un medio por el que se mantiene al interno en contacto con el exterior, es el acceso a publicaciones periódicas y prensa diaria, que le permita tener noticia de lo que acontece en su entorno y participar en él. Si se rompe este vínculo, poco interés podrá despertar en el individuo la idea de colectividad. Por otro lado está el derecho a recibir y enviar correspondencia de manera que se garantice la inviolabilidad de ésta.

Finalmente, para efectos de esta exposición, podemos mencionar como derecho de los internos el acceso a instancias internas y externas. A este respecto, se destaca la necesidad de promover el contacto directo entre las instancias de dirección y la población reclusa; pero no como mero acercamiento, sino como instancia de protección de los derechos de los internos, es decir, como ejercicio del derecho de petición, lo cual no se limita a las autoridades del propio centro, sino que también debe privilegiarse el acceso a autoridades penitenciarias superiores y a otras de distinta naturaleza, como organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación.

En este orden de ideas, el fin y la justificación de una condena de privación de la libertad, es proteger a la sociedad contra el delito, la privación de la libertad trae como consecuencia inevitable, el confinamiento obligatorio y la segregación del

recluso, de la sociedad normal; pero el fin de dicha privación de la libertad, debe ser lograr, por medio de la readaptación del delincuente, que cuando reingresa a la sociedad, no solamente quiera llevar una vida normal, bien adaptada y promoverse a favor de sus propias necesidades, como miembro útil de la sociedad, sino también, que sea capaz de hacerlo sin compulsión.⁹⁶

Para lograr esto, comenta al respecto Carrancá y Trujillo, el régimen penitenciario debe emplear, conforme a las necesidades especiales de cada recluso, todos los medios de que pueda disponer: curativos, educativos, morales, espirituales, de asistencia o de cualquier otra índole.⁹⁷

Por lo expuesto, podemos decir que el régimen penitenciario, debe reducir en cuanto sea posible, las diferencias entre la vida de reclusión y la libertad, que contribuyan a evitar el sentimiento de responsabilidad del recluso y el respeto a la dignidad de su persona, por lo que antes del cumplimiento de la pena, debe asegurarse al recluso su retorno progresivo a la vida normal en sociedad, ya porque establezcan régimen preparatorio para la liberación, ya porque establezcan la liberación condicional sin intervención de la policía.

4.2 MITOS Y REALIDADES DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Frente a la visión que las autoridades pretenden presentar, el sistema penal Mexicano, se encuentra una realidad nada halagüeña, la cual obedece, a que

⁹⁶ Carrancá y Rivas, op. cit. p. 140.

⁹⁷ *Ibidem*.

actualmente, las cárceles se han convertido en espacios indiferenciados y concurrentes de distintas edades y sexos; indiciados, procesados, sentenciados y reos; inimputables; primarios, reincidentes y multirreincidentes; toxicómanos de alta y baja peligrosidad, entre otros.

Apandos, bartolinas y calabozos; la cárcel dentro de la cárcel, aislamiento total para aquellos que rompen las reglas del submundo. Universidades del crimen, se dice por algunos, son las prisiones que se extienden a lo largo y ancho del país. Construcciones complejas de andamiajes de poder o micropoder a la manera en que lo entiende Michel Foucault. Intentos aislados por modernizarlas, propuesta imaginativa la de las Islas Marías, la prisión en México está en crisis, como en crisis está la prisión en el mundo, pues no hay ideas que la sustituyan. La optimización del sistema, tiene un costo exorbitante, dinero tirado que nunca luce, dicen nuestros políticos. Verdaderas bombas de tiempo.

En 2000 en México, existía una población total de: 94 millones de habitantes, de los cuales 104,574 se encontraban reclusos en los penales nacionales; siendo: 58 272 los sujetos detenidos en calidad preventiva y 48 302 condenados. Asimismo, existen en el territorio nacional, 436 establecimientos penitenciarios de adultos, y 58 de menores. El Ministerio que guarda y tutela el funcionamiento de los penales es la Secretaría de Gobernación.

El sistema penitenciario actual, representa un gran dilema social, que firmemente se propone readaptar, capacitar para el trabajo, educar, dignificar a la persona y lo más importante: propiciar la reparación de daños causados a las víctimas y a la sociedad, y esto es un gran reto.

Se abusa de la prisión preventiva, y se genera sobrepoblación en los penales. Para las personas detenidas esto se convierte en una larga pesadilla y en jugosas ganancias para quienes se aprovechan de la situación. Replantear que las penas se encaminen a resarcir los daños a las víctimas; el canje de las penas por trabajo a la comunidad, y la vigilancia en la reparación de daños y sobre estas concepciones la reeducación, deberían ser la orientación del sistema penitenciario en los años venideros.

Puesto que existe una correlación evidente entre crisis económica e índice de delincuencia, las políticas de prevención de los delitos deberían propiciar la creación de programas de atención a la pobreza; la creación de empleos; mejoras laborales; programas sociales y culturales, que eviten la descomposición de la sociedad.

En la actualidad, los establecimientos penitenciarios, o llamadas prisiones para adultos –según cifras de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación–, existentes en la República Mexicana son 436 prisiones para adultos, (cinco de ellas son específicamente para mujeres), cuatro federales, (tres de máxima seguridad y la colonia penal de Islas Marías); ocho en el Distrito Federal, a cargo de la Dirección de Prevención y Readaptación Social del D. F. y 274 en los estados, dependientes de las direcciones correspondientes, adscritas a la Secretaría de Gobierno de cada estado. Estos son los que cuentan con el mayor presupuesto; los 150 restantes, son cárceles municipales dependientes de los municipios respectivos. En la mayoría de los Centros de Prevención y Readaptación Social, existen anexos destinados a mujeres que se encuentran sujetas a proceso.⁹⁸

⁹⁸ Dirección General de Prevención y Readaptación Social, México, 2001, pp. 2 y ss.

A continuación se señala el número de centros penitenciarios en México y la dependencia a la que pertenecen. (Secretaría de Gobernación y Subsecretaría de Protección Civil y de Prevención y Readaptación Social).

DEPENDENCIA DE TUTELA	CANTIDAD
Gobierno Federal	4
Gobierno del Distrito Federal	8
Gobiernos estatales	274
Autoridades municipales	150
TOTAL DE CENTROS PENITENCIARIOS	436

Fuente: Dirección General de Prevención y Readaptación Social, 2001, pp. 2 y ss.

La población carcelaria y la población de personas adultas detenidas en México son:

Población Total	119 574
Hombres	100 333
Mujeres	19 241
Población del Fuero Común	86 288
Procesados	48 210
Sentenciados	38 078
Población de Fuero Federal	33 286
Procesados	14 224
Sentenciados	19 062

Fuente: Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil y de Prevención y Readaptación Social. Dirección General de Prevención y Readaptación Social, 2001.

La situación en México en materia de Derechos Humanos, se ha deteriorado de manera alarmante. Las reformas a la Constitución y leyes secundarias en materia penal, propician la detención arbitraria de los "supuestos" delincuentes y junto con ello, la tortura.

Bajo el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada, se ampliaron las facultades del ministerio público, quien ahora también puede emitir órdenes de aprehensión; se aumentaron los plazos de detención hasta por 96 horas. Se convalidan declaraciones ante el ministerio público e inclusive, de policías, muchas de ellas obtenidas bajo presión, además del concepto jurídico de cuasiflagrancia, que permite detenciones sin la orden judicial correspondiente. Todo ello define al sistema de procuración de justicia mexicano, como un sistema inquisitorio que limita los derechos humanos.

La detención preventiva se ve reforzada por la reforma legislativa que faculta al Ministerio Público para solicitar al juez, niegue de manera discrecional el derecho a libertad bajo fianza de la persona detenida.

El Programa de Prevención y Readaptación Social, 1995-2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio de 1996, señala que, la antigüedad de los centros penitenciarios es la siguiente: de los 436 centros, 340 fueron construidos expreso como prisiones y 96 son instalaciones adaptadas. Por su antigüedad se agrupan de la siguiente manera: 33 prisiones fueron construidas en los siglos XVII a XIX, siendo los más antiguos el CERESO de Jilotepec, Estado de México (1600), la cárcel distrital de Miahuatlan, Oaxaca (1620) y el CERESO de Uruapan, Michoacán (1720); 130 centros fueron construidos durante el siglo XX hasta 1960 y son en su

mayoría cárceles municipales, 88 exprofeso y 42 adaptadas, de estas la mayoría no cuenta con las instalaciones ni los servicios adecuados a los fines. A partir de la década de los 70 se abrieron 219 centros, 31 de los cuales son adaptados y 188 son CERESOS construidos exprofeso, bajo los criterios del sistema penitenciario mexicano.⁹⁹

Estos inmuebles cuentan con espacios y construcciones para talleres, aulas de clase, servicio médico, visita íntima, visita familiar, e instalaciones deportivas. Los comedores y dormitorios pueden permitir la adecuada clasificación de los detenidos. Actualmente se encuentran en construcción 9 centros más.

Del total de centros, el 11.82%, cuenta con una población de mil o más internos. Generalmente, estos centros que se encuentran en las principales ciudades del país no presentando reales programas de readaptación y en muchas ocasiones carecen de personal especializado para brindar tratamiento adecuado. El 21.74% no tiene suficiente personal técnico, administrativo y de custodia. El 66.44% alberga menos de 1000 internos, los que carecen de instalaciones adecuadas, y equipo necesario.¹⁰⁰

Los Centros Federales de Máxima Seguridad (CEFESOS), construidos en la pasada década, cuentan con tecnología que permite la más completa vigilancia y el control de los internos. Actualmente existen tres CEFESOS el No. 1 en Almoloya de Juárez, Estado de México, el No. 2 en Puente Grande Jalisco, y en construcción el No. 3 en Matamoros, Tamaulipas y el Centro Federal de

⁹⁹ Diario Oficial de la Federación, 19 de julio de 2001

¹⁰⁰ Ibídem.

Rehabilitación Psicosocial en Cd. Ayala, Morelos. Muchos de los Centros se encuentran lejos de las poblaciones.¹⁰¹

Según el Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, publicado en el mencionado Diario Oficial, la sobrepoblación en diciembre de 2000 era de 4 026 presos en 155 centros de detención.

En un editorial del Diario La Jornada del 24 de octubre de 2001, se menciona que la población carcelaria supera los 125 mil presos, por lo que la sobrepoblación aumento significativamente.

Las reformas jurídicas han contribuido también a este fenómeno, según lo afirma el Lic. Alejandro Cinta Bravo, subdirector técnico del Reclusorio Oriente del D.F., al señalar "antes de las reformas al Código Penal, de cada 30 reclusos, 20 obtenían el beneficio de libertad condicional, mientras que ahora de cada 30 ingresos, 10 salen, lo que nos enfrenta a una sobrepoblación". En la gran mayoría de los centros penitenciarios no hay separación de preventivos y condenados debido a la falta de espacio.¹⁰²

Lo más lamentable es que la prisión de un presunto delincuente, no repara los daños a la víctima ni rehabilita al presunto delincuente.

De lo anterior, surge, necesariamente, la pregunta: ¿Cuántas cárceles habrán de construirse o ampliarse para dar cabida a los cientos y miles de jóvenes

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Alejandro Cinta Bravo, subdirector técnico del Reclusorio Oriente del D.F., "Situación real de la población en las prisiones de la ciudad de México", *La Jornada*, 24 de octubre de 2001, 2ª plana.

mexicanos que a diario adoptan la delincuencia como sistema de vida cuando las puertas del empleo, la educación y la recreación a que tienen derecho, se les cierran de manera abrupta?

Algunas consideraciones del fracaso del sistema penitenciario en México, aunadas a las anteriores, se dan por la falta de capacitación profesional del personal que en este labora, pues si bien es cierto que este personal penitenciario goza de estabilidad laboral relativa, la remuneración económica es muy baja y el rezago en la capacitación es el siguiente; de los 30 000 servidores públicos con los que cuenta, solo han recibido capacitación 8 477, lo que incide negativamente, en la calidad de los servicios.

Número de presos por empleado a diciembre de 2000.

Entidad Federativa	Internos por custodio	Internos por técnico
Baja California	27.44	221.95
Sonora	9.53	151.06
Veracruz	25.91	56.38
Distrito Federal	3.30	13.13
Estado de México	2.90	12.56

Fuente: Secretaría de Gobernación. Subsecretaría de Protección Civil y Prevención y de Readaptación Social Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

De igual manera en muy pocas prisiones se cuenta con un reglamento interno para regir la vida del mismo, su falta en la mayoría de los centros, condiciona la necesidad imperiosa de su realización.

Por lo que hace a la alimentación, existen serias carencias, debido a que la misma no reúne los requerimientos mínimos de una alimentación balanceada, básicamente, por ser insuficiente en calidad y cantidad; la totalidad de las cárceles no cuentan con agua. Por otra parte, la mayoría de los centros carecen de sanitarios suficientes, pese a ello a los internos no se les proporcionan productos sanitarios, jabón, materiales de limpieza, y medidas higiénicas para el combate de la fauna nociva, que puede presentarse por acumulación de bacterias.

La mayoría de las prisiones cuentan con pobres servicios de enfermería para primeros auxilios, en los CERESOS, se cuenta con pequeñas clínicas que están mejor equipadas, pero se carece del instrumental y medicamentos básicos, tampoco existe atención dental.

Según datos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, -CNHD- al finalizar 1995, había en todo el país 1483 presos enfermos mentales, en la mayoría de los penales, se les destina un dormitorio, cuando su conducta y valoración médica lo permite, conviven con el resto de la población durante el día.

El 50% de las recomendaciones del programa penitenciario de la CNDH, aluden a deficiencias e insuficiencias en el servicio médico. Las Comisiones Estatales de Derechos Humanos han reportado graves deficiencias en la prestación del servicio médico.

La infraestructura de talleres, en los penales de las grandes ciudades es insuficiente, dada la población de los mismos, la situación se acentúa en las cárceles municipales, lo que dificulta la incorporación de los presos al trabajo.

Según el Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, la problemática que presenta el área de trabajo en el ámbito nacional se relaciona con: talleres con maquinaria, equipos y herramientas obsoletas que carecen de mantenimiento; falta de instalaciones adecuadas; limitaciones para la adquisición y entrega de materias primas; carencia de un sistema adecuado de comercialización; insuficiente seguridad y custodia en las áreas de los talleres; falta de ejecución y seguimiento de algunos convenios; falta de instructores con reconocimiento oficial; deficiente apoyo del sector industrial.

El programa 1995-2000 también refiere, que la situación actual de la educación de los presos enfrenta problemas derivados del bajo interés y participación de los reclusos; de la carencia de materiales pedagógicos, de inadecuadas e insuficientes instalaciones educativas y escaso personal docente. Se carece de maestros especializados en educación primaria y secundaria, aunado al retraso en trámites de certificación de estudios, con el Sistema Nacional de Educación para Adultos.¹⁰³

El Programa Nacional de Capacitación Penitenciaria, realizó una investigación en el 2000: "Prisiones: Estudio Prospectivo de su Realidad Nacional" en el que se destacan los siguientes aspectos:

- *Necesidad de incrementar la organización y promoción de actividades productivas entre los presos.*
- *Escasa promoción de actividades educativas.*
- *Carencia de reglamento interno o falta de difusión.*

¹⁰³ Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000. México, 1995. pp. 87 y ss.

- *Retomar el control en las funciones de autoridad, supervisión y administración.*
- *No existe separación entre procesados y sentenciados.*
- *Los internos no están clasificados.*
- *Carencia de atención medica permanente y oportuna.*
- *Necesidad de equipos y medicamentos para la atención medica.*
- *Deficiencia en la atención de enfermos mentales.*
- *Deficiencia de personal técnico y/o del Consejo Técnico Interdisciplinario.*
- *Capacitar al personal de custodia.*
- *Brindar mantenimiento a las instalaciones.*
- *Proveer enseres para los dormitorios.*
- *Establecer áreas de visita íntima y*
- *Contar con áreas de segregación con sus servicios.*

En 2000, varios investigadores especialistas en el tema, en conjunto con la CNDH, consideraron que el actual sistema penitenciario esta agotado; admitiendo la autoridad, que hay serios problemas de gobernabilidad en las cárceles, que no debe haber cárceles administradas por los municipios y que deben fortalecerse los sistemas estatales de prevención social. Además, se mencionó que el sistema penitenciario, prácticamente juzga dos veces a los presos: el primero en juzgarlo es el juez y el segundo es la autoridad administrativa-ejecutiva, quien lo clasifica, opina si fue readaptado o no, y discrecionalmente, determina si tiene o no derecho a la libertad condicional o definitiva. "No hay reglas claras que permitan transparentar las condiciones de libertad: esta discrecionalidad de la autoridad ejecutiva, es uno de los asuntos más delicados que, necesariamente, se tiene que modificar en el corto plazo".¹⁰⁴

¹⁰⁴ Medellín Herrasti, Alex; *Memorias del Primer Congreso sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de Guadalajara, 2000. p. 138.

El diagnóstico que establecía la CNDH y el Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000 representa un paso en la posibilidad de atender los problemas de las personas detenidas, pero además de este pequeño avance, se hace necesario tomar en cuenta, en las políticas públicas, las siguientes consideraciones:

- Replantear que las penas se encaminen a resarcir los daños a las víctimas; el canje de las penas por trabajo a la comunidad, la vigilancia en la reparación de daños y la readaptación social del recluso.
- Puesto que existe una correlación evidente entre crisis económica e índice de delincuencia, las políticas de prevención de los delitos deberían propiciar la creación de programas de atención a la pobreza; la creación de empleos; mejoras laborales y programas sociales y culturales.
- Que en la persecución de los delitos y el castigo a la delincuencia, se preserven los derechos de los sujetos a proceso y personas privadas de la libertad, de acuerdo a las normas establecidas en los pactos y convenios internacionales en esta materia así como los derechos humanos.
- La impartición y procuración de justicia, son atribuciones de las procuradurías y tribunales respectivamente. El papel del Ministerio Público, es investigar y aportar las pruebas en la persecución de los delitos. Son los jueces los que deberán de valorar dichas pruebas y determinar el ejercicio de la acción penal o la inocencia de los acusados.

- Las organizaciones de derechos humanos, tienen como función, contribuir a que los delitos no queden impunes y se castigue a los responsables de acuerdo a las técnicas científicas de investigación policiaca, y se garantice el derecho al debido proceso.¹⁰⁵

Todo lo anterior, contribuirá a erradicar la impunidad y otros vicios, lo que propiciaría una verdadera seguridad pública, en una sociedad más participativa.¹⁰⁶

Por lo expuesto, el balance real de la prisión como institución de readaptación social, demuestra que es más negativo, que positivo, y el mito de los beneficios que este conlleva se ve derrumbado, de esta manera decir que hoy el sistema de justicia penal aunado al sistema penitenciario en México están en crisis, es una realidad indiscutible. El de procuración y administración de justicia, entran en colapso en las últimas décadas, pero la crisis del sistema penitenciario viene de siglos anteriores, como bien señala, Luis Marco del Pont.¹⁰⁷

4.3 REINCIDENCIA O READAPTACIÓN.

Para dar tratamiento a este punto, es necesario comenzar por la justificación que el Estado tiene para privar de su libertad a algún ciudadano que ha delinuido, recapitulando algunas ideas vertidas anteriormente, se puede mencionar que, en el progreso de las ideas penales, se ha atribuido a las sanciones, una función de

¹⁰⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos y Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, México, 1995.

¹⁰⁶ Liga de la Federación de los Derechos Humanos, 1999, México, p. 184

¹⁰⁷ Font, Luis Marco del; *Derecho Penitenciario*; Ed. Sista, México, 1999, pp. 2 y ss.

rescate. Por ellas se recupera al penado, se le devuelve a la sociedad de sus semejantes, nuevamente capaz -o competente por primera vez- para convivir con ellos, sin poner en peligro la vida colectiva. Esta idea, que toma elementos de las otras, se ha traducido en muchas palabras; cada una pone su propio acento, su matiz, su intención en el designio de la pena: rehabilitación, readaptación, regeneración, reinserción, recuperación, etcétera. En rigor, siempre se pretende "rehabilitar", esto es, "volver hábil" a quien no lo es, con determinado objetivo: que pueda convivir razonablemente en la sociedad de los hombres comunes, los "normales", los que no delinquen. Así tenemos una teoría integral de la pena; esto, porque recoge elementos de las restantes y los aporta a una concepción integradora que no descuida la retribución, el ejemplo, la redención; todo ello se deposita en un proyecto practicable: la "prevención especial", que corrige y previene.¹⁰⁸

También se asigna a la pena un propósito defensor de la sociedad. Por mucho tiempo se empleó el concepto, hoy declinante de "defensa social"; hubo códigos que así se titularon -el antiguo código cubano y varios mexicanos-, movidos por el positivismo criminológico. En síntesis, la pena debe proteger a la sociedad contra el delito, y por ende, contra el delincuente, o más suavemente: frente a él. Lo primero es la sociedad; sólo después importa el infractor; o bien, en otros términos: interesa rehabilitar al delincuente porque interesa preservar a la sociedad; se trata de que aquél no reincida para que ésta no padezca.¹⁰⁹

En este esquema y recordando el punto referente a los mitos y realidades del sistema penitenciario, resulta evidente que la mera privación de libertad no sólo ha

¹⁰⁸ Boletín Mexicano de Derecho Comparado; El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX, México, 1999. p. 33.

¹⁰⁹ Ibídem, p. 35.

demostrado ser ineficaz en la lucha contra el aumento de la delincuencia, sino que, atendiendo a las cifras oficiales de reincidencia, hasta pareciera ser que la estimula.

Una primera explicación (sin pretender de ninguna manera analizar las diversas causas de la delincuencia) la encontramos en que la gran mayoría de los delincuentes —olvidando en este momento la llamada delincuencia económica o de cuello blanco— provienen de los estratos más bajos de la sociedad (desempleados, y obreros), sujetos con carencias sociales, y faltos de adecuadas condiciones para su desarrollo en el campo laboral, educativo y de salud, a quienes el hecho de ser enviados a prisión en su primera actividad delictiva, les es totalmente desfavorable.

Aunado, a esto, la estancia de estas personas en el presidio, les seguirá otra sanción, ésta informal, el estigma de "haber estado en la cárcel", de tener "antecedentes penales", que persistirá aún después de cumplida la condena, y que en nada le facilitará su vuelta al ámbito laboral, familiar y social.

La destrucción de los vínculos sociales del condenado con la familia, el lugar de trabajo y la vecindad, su separación de la sociedad libre, la inevitable confrontación de los intereses con el personal, la imposición de programas de educación antipáticos, y la configuración de subculturas nocivas en el mundo de los presidiarios, operan más bien una desocialización, en lugar de ayudar al condenado a reincorporarse a la sociedad libre.¹¹⁰

¹¹⁰ Hans Heinrich, Jeschek; "Enfoque Jus-Comparativo de Ciencias Penales", *Revista Jurídica*, número 8, febrero-marzo de 1989, Buenos Aires, p. 13.

La estigmatización o reproche social que produce la cárcel, abarca, no solo a quien estuvo privado de su libertad, sino a su círculo de familiares y amigos, y pese a que esto es ya un hecho reconocido, ella continúa siendo el centro del sistema penal, la cárcel es vista como un fenómeno natural, existente como institución de control social inmutable.

El artículo 24 de nuestro Código Penal Federal y del D.F., contienen la relación de sanciones, y ésta se inicia con la prisión, y es en su aplicación diaria la más utilizada por nuestros jueces. "En el mejor de los casos, los presidios no sirven sino para aislar a los penados de la comunidad, posiblemente protegiéndola de ciertos actos antisociales durante algunos meses, o años",¹¹¹ esto indudablemente, significa que la pena de prisión cumple sólo una de sus funciones: la de mantener fuera de circulación a los privados de su libertad, y en cambio resulta una carga económica para el Estado, que de ninguna manera, ha logrado reintegrar readaptando a los más, a la vida económica y social del país.

Esto es entre otras muchas causas, lo que hizo perder la fe en la pena privativa de libertad, y la razón de su rechazo actual, por los doctrinarios, el autor español Carlos García Valdés¹¹² cita solamente tres de estas causas:

- a) la psicosis carcelaria;
- b) la subcultura prisional, y
- c) el problema sexual

¹¹¹ Smythe, Altmann; "La Pena Privativa de Libertad", *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, núm 2, junio de 1998, Caracas, p 156.

¹¹² García Valdés, Carlos; *Introducción a la Penología*; 2ª ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid 1992, p. 138

Y concluye diciendo que: "...el ambiente en el que tiene que desenvolverse la readaptación social del delincuente es negativo".¹¹³ Aseveración, con la que el autor de este trabajo está de acuerdo y más aún, adelantando conclusiones, parece que la respuesta a la hipótesis planteada, resulta afirmativa, al comprobarse que la mayoría de las veces, las prisiones, actualmente, mejor identificadas como escuelas del crimen, influyen a tal grado en los internos, que su readaptación es imposible.

4.4 PROPUESTA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN Y A LOS CÓDIGOS FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y AL DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Como una fundamentación de la propuesta de reformas, conviene recordar las ideas de Ferdinand Lassalle respecto a la Constitución, cuando se cuestiona: ¿En qué se diferencian, una de otra, la Constitución y la ley?¹¹⁴

Argumentando que "Las dos, constitución y ley, tienen evidentemente una naturaleza común. Una constitución debe tener fuerza de ley; por lo tanto debe ser también una ley. Pero no sólo una simple ley; debe ser algo más que una ley. Hay pues claramente una diferencia. Que existe tal diferencia, que una constitución no es una simple ley sino algo más, lo pueden demostrar centenares de hechos."¹¹⁵

Concluye Lassalle señalando que "...una constitución no es sólo una ley entre tantas, es la *ley fundamental* del país."

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ Lassalle; Ferdinand; ¿Qué es una Constitución?; Colofón; España, 2001, p. 32.

¹¹⁵ *Ibidem.*

Y por lo tanto explica que una ley fundamental debe:

- 1) Ser una ley que se ubica a un nivel más profundo que cualquier ley ordinaria; esto es lo que expresa la palabra fundamental.
- 2) Pero, para ser una ley *fundamental*, también debe constituir el *fundamento* de las demás leyes; debe informar y actuar por fecundación a través de las demás leyes ordinarias, en la medida en que debe constituir su fundamento. El efecto de la *ley fundamental* debe por lo tanto actuar y *prolongarse* en las demás leyes ordinarias.
- 3) Pero algo *fundamental* no puede, a partir de esto, pasar inadvertido o ser diferente a lo que es; por el contrario, debe *ser lo que es*. Su *fundamento* no tolera que sea *diferente*. Sólo las cosas *no fundamentales*, y por tanto accidentales, pueden aparecer tal cual son o de forma diferente. Pero lo que es *fundamental necesariamente* es lo que es.¹¹⁶

Respecto al orden escalonado jerárquico, es necesario citar a Hans Kelsen quien destaca que "...puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo —y hasta cierto grado— también se determine el contenido de la norma producida. Dado que atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra

¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 35 y 36.

norma y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.¹¹⁷

Si se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo. Dado que en este segundo caso, siempre queda vertida en un documento, se suele hablar de una constitución "escrita", para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre. La constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente. Las normas no escritas, producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es

¹¹⁷ Kelsen, Hans; *Teoría Para del Derecho*; UNAM, México, 2000, pp. 232-233.

efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una constitución escrita.¹¹⁸

De la constitución, en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado "constitución" que como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma constitución que como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí se designan como constitución material y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.

La producción de normas jurídicas generales, reguladas por la constitución en sentido material, tiene, dentro de los órdenes jurídicos estatales modernos, el carácter de una legislación. Su regulación por la constitución implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Si se considera que los tribunales están facultados también para aplicar el derecho consuetudinario, necesitan estar autorizados a ello por la constitución; de igual modo, que lo están para aplicar las leyes. Es decir; la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos —ciudadanos o súbditos— sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho. Si la aplicación de la costumbre por

¹¹⁸ Ibidem.

los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto, resultará que esa autorización no puede estar dada en una norma de la constitución no escrita, surgida consuetudinariamente, sino que tiene también que ser *presupuesta*, así como se presupone que la constitución escrita reviste el carácter de norma obligatoria, si se considera que las leyes y ordenanzas dictadas de conformidad con ellas son normas jurídicas obligatorias. Entonces, la norma fundante básica —en tanto constitución en sentido lógico-jurídico— establece no sólo el acto del constituyente, como hecho productor de derecho, sino también a la costumbre constituida por la conducta de los sujetos sometidos al orden jurídico producido conforme a la constitución.

La constitución del Estado puede aparecer, como constitución escrita, en la forma constitucional específica, es decir, como normas que no pueden ser derogadas o modificadas mediante las leyes usuales, sino sólo bajo condiciones más difíciles o complicadas. Pero tal cosa no es necesaria; así, no sucede cuando no hay constitución escrita alguna, cuando la constitución ha surgido por vía de la costumbre, es decir, por el comportamiento consuetudinario de los individuos sometidos al orden jurídico estatal y, también, cuando no está codificada. Entonces también las normas que revisten el carácter de constitución material pueden ser derogadas o modificadas por simples leyes o por el derecho consuetudinario.¹¹⁹

De esta manera, con las reformas o adiciones se está alterando y modificando el marco jurídico, esto es una reforma o adición constitucional, que deberá producir modificaciones en la legislación secundaria o marco.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 234.

Los actuales artículos 18 y 22 constitucionales expresan:

Artículo 18.

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

Artículo 22.

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido trasferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Deberán citar, lo siguiente:

Artículo 18.

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. **En el caso de los sujetos primodelincentes de delitos no considerados como graves previstos en la ley, no procederá la pena de privación de la libertad, sino el tratamiento de libertad con las reservas de ley.**

La privación de la libertad solo podrá decretarla el juez con la finalidad de que en los centros de reclusión, existiendo los elementos necesarios, el delincuente alcance su readaptación, por lo que los funcionarios de los Centros de Readaptación Social serán responsables de la capacitación de los sujetos para su reinserción en la sociedad.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso. **No podrán celebrarse tratados de extradición en los que se involucren los reos sentenciados de nacionalidad mexicana.**

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su

domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

Artículo 22.

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculcado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido trasferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Lo dispuesto por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y otras leyes similares no será aplicable a primodelinquentes de delitos no considerados como graves por la ley.

El actual artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales cita:

Se entiende que existe flagrancia cuando:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;
- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o
- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

Deberá citar:

Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Se entiende que existe flagrancia cuando:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

Tratándose de primodelincuentes de delitos no considerados como graves por la ley, el Ministerio Público decretará la libertad del detenido, estableciendo los mecanismos necesarios para asegurar la reparación del daño, mediante fianza o caución, sujetándose en todo momento a lo dispuesto por el artículo 2º, 399 y 399bis de este código.

**TESIS CON
FALLA LE ORIGEN**

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

—Artículo 2º. *Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:*

- I. Recibir las denuncias o querrelas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;*
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;*
- III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que proceda;*
- IV. Acordar la detención o retención de los indicados cuando así proceda;*
- V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;*
- VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;*
- VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;*
- VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;*
- IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indicado;*
- X. En caso procedente promover la conciliación de las partes; y*
- XI. Las demás que señalen las leyes*

Artículo 399. *Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:*

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;*
- II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;*
- III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y*
- IV. Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.*

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Artículo 399 bis. *En caso de delitos no graves, el Juez podrá negar a solicitud del Ministerio Público, la libertad provisional del inculpado, cuando éste haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por la circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.*

Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda, se entenderán, cuando:

- I. El inculpado sea delincuente habitado reincidente por delitos dolosos, en términos de lo dispuesto por el Código Penal Federal;*
 - II. El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos;*
 - III. El inculpado se haya sustraído a la acción de la justicia y esté sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraditado;*
 - IV. El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente;*
 - V. El Ministerio Público aporte a cualquier otro elemento probatorio del que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia, si la libertad provisional le es otorgada;*
 - VI. Exista el riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra servidores públicos que intervengan en el procedimiento, o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada;*
 - VII. Se trate de delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla; o*
 - VIII. El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*
-

El actual Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que:

Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se derivan a su cargo en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código.

Deberá citar:

Artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso;

IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código; y

v. Que se trate de primodelincuentes de delitos no considerados como graves por la ley, sujetándose en todo momento a lo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal.

--Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justa y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión de delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a

delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

Vi. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

Vii. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.—

CONCLUSIONES

Retomando la hipótesis que diera origen a este trabajo de tesis, la cual establecía que:

No obstante el espíritu vertido por el constituyente en el artículo 18 de la Carta Magna, así como en los diferentes Acuerdos y Convenciones Internacionales, respecto a que la pena corporal o privación de la libertad debe perseguir la readaptación social del delincuente, en la práctica el Sistema Penitenciario Nacional, ha fallado en la reinserción social del reo, por lo que se hace necesario hacer una mejor delimitación de los delitos considerados graves, excluyendo de esta forma de penalización a los sujetos primodelincentes, reformándose la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 18 y 22, así como los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en sus artículos: 193 y 556 respectivamente.

Una vez finalizada la investigación, se puede afirmar que tal hipótesis resultó positiva, conforme a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: En el derecho penal el ilícito aparece como una conducta cuya determinación delictiva requiere estar tipificada, esto es, consignada en la parte especial del Código Penal o una ley de igual esencia. La elaboración de los tipos penales y el establecimiento de sus correspondientes sanciones corresponden a la función legislativa exclusivamente, la que a su vez, depende de otras fuentes entre las que se encuentra esencialmente la costumbre, y cuando surge la necesidad de proteger un interés social, el legislador la eleva a la categoría de bien jurídico.

Asimismo, en la teoría de la ley penal se han excluido, el tipo y la punibilidad, elementos básicos de la norma jurídico-penal. Por lo que todo parece sugerir que el delito conduce a la consolidación del derecho penal, sin embargo, salvo escasas excepciones, se restringe, la parte general, al estudio de las generalidades del delito, y la especial a las hipótesis delictivas, esta situación da margen al abandono de una posible polémica en relación con la justificación de textos legales fundadores de los delitos, a pesar de que en diversos foros se ha cuestionado el sentido y los límites de la pena estatal, centrándose lógicamente, en el problema de la legitimación del derecho penal.

Bajo estas circunstancias, el problema no es la definición de las sanciones penales, sino de encontrar respuestas a los grandes problemas que éstas plantean.

SEGUNDA: Como se observó en esta investigación, las teorías de la pena consideran en forma parcial las sanciones penales, y ésta es, precisamente, la razón del carácter excluyente con el que se plantean sus fines. Tales consideraciones, evidentemente desagregadas parecen ignorar las múltiples modalidades que hacen la diferencia entre punibilidad, punición y pena. Cada una de ellas, debiera ser obvio, implica una particular intervención de las autoridades en función directa de la forma de sanción y libertad del individuo. Por lo tanto, puede afirmarse, sin temor a error, que la no diferenciación de niveles,

en este aspecto, es un obstáculo en el avance de la teoría jurídico-penal.

Sin duda lograr la ubicación en el fundamento constitucional de tales modalidades (punibilidad, punición y pena), permitirá determinar el marco dentro del cual han de plantearse, y formular los criterios cuantitativos y cualitativos que han de observarse en cada una de las instancias en que se dan las sanciones penales.

TERCERA: En consideración al gran impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas correspondientes, por la gravedad de las penas que prevén, deben aplicarse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Por otra parte, la ley penal debe ser funcionalizada como se señaló en este trabajo, hasta convertirse en un catálogo comprimido de conductas y sanciones. Aunque esta aseveración está muy trillada, no es un disparate, puesto que no debe pasar inadvertido el hecho de que además, la mencionada ley adolece de claridad en su formulación y que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas, las que definitivamente, no dañan interés social alguno. La tipificación de conductas que no lesionan o ponen en peligro el interés social, es contrario al mandato establecido por el artículo 39 Constitucional.

Cabe destacar que el Código Penal para el Distrito Federal, a partir de mayo de 2000 se abre en dos vertientes independientes: la Federal y la del Distrito Federal, observándose que la punibilidad asociada a los

tipos que tutelan bienes patrimoniales, puede dar lugar a que la punición por un delito de índole patrimonial, sea mayor que la punición por un delito de homicidio simple doloso, no obstante la gravedad del bien lesionado en éste.

CUARTA: Como se sabe, las razones por las que un ciudadano puede ser privado de su derecho a la libertad personal, son diversas y se encuentran previstas por la Constitución y las leyes secundarias y Tratados internacionales.

El primer artículo que se localiza en nuestra Carta Magna, relacionado con el tema en cuestión, es el 14 y establece que:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

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

En segundo término, se encuentra lo establecido en el artículo 16 constitucional:

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

Lo que quiere decir en materia penal, que ninguna persona puede ser privada de su libertad, si no existe una orden de aprehensión o en su caso de comparecencia, emitida por autoridad judicial competente, en la que se cumplan los requisitos previstos por el segundo párrafo del artículo 16 constitucional.

"...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

Asimismo, en su artículo 18 la Constitución, establece, que habrá lugar a decretar la prisión preventiva cuando el delito de que estén conociendo los tribunales, se castigue con pena privativa de libertad:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

La prisión preventiva es la consecuencia de la comisión de un delito aplicada al sujeto que lo haya cometido, en tanto se sigue el correspondiente proceso. Por lo tanto, si el delito por el que se sigue proceso a una persona, es sancionable con pena alternativa, y sin embargo se le somete a prisión preventiva, tal medida podrá ser impugnada por la vía del juicio de garantías, por ser violatoria de los artículos 18 y 19 constitucionales.

QUINTA: En México las reformas a la Constitución y leyes secundarias en materia penal, propician la detención arbitraria de los delincuentes y con ello, la tortura. Justificadamente o no, se ampliaron las facultades

del ministerio público, lo que le permite actualmente emitir órdenes de aprehensión; adicionalmente también se aumentaron los plazos de detención hasta 96 horas. Además, el concepto jurídico de cuasiflagancia, permite detenciones sin la correspondiente orden judicial. Lo que en su conjunto, define al sistema de procuración de justicia, como un sistema inquisitorio que limita los derechos humanos.

Por todo lo expuesto, considero conveniente, justo y por tanto prioritaria, la modificación de los artículos constitucionales correspondientes, así como las leyes secundarias, tomando en cuenta para el efecto, las reformas propuestas en el último capítulo de la presente tesis.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRANCA Y RIVAS, Raúl; **Derecho Penitenciario**; Porrúa, México, 1996.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; **Derecho Penal Mexicano**, Parte general, Porrúa, México, 21ª edic, 2001.
- CASO, Antonio; **Sociología**; Limusa, México, 1991.
- CASTELLANOS, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, Ed., Porrúa, México, 42ª edic, 2001.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, **Derecho Penal**, Ed. Porrúa, México, 8ª edic, 1987.
- DURÁN, Fray Diego de; **Historia de las Indias de Nueva España e Islas de la Tierra Firme**; Ed., Porrúa, México, 1995, (Reimp.)
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo; **Introducción a la Historia del Derecho Mexicano**; Esfinge, México, 18ª edic, 2001.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; **Introducción al Estudio del Derecho**; Ed., Porrúa, México, 53ª edic, 2002
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Derecho Penal**, IJ-UNAM, México, 1990.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Justicia Penal**; Ed., Porrúa, México, 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **La Unificación del Sistema Penitenciario Mexicano**, UNAM-INSTITUTO DE investigaciones Jurídicas, México, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Legislación Correccional (comentada)**, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1998.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos; **Introducción a la Penología**; Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid 2ª edic, 1992.
- GÓMEZ, Eusebio; **Tratado de Derecho Penal**; Ed., Omeba, Argentina, 1994.
- ISLAS, Olga y Ramírez, Elpidio; **Lógica del Tipo en el Derecho Penal**; Editorial Jurídica Mexicana, 1990.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; **Tratado de Derecho Penal**; Ed., Lozada, Argentina, 1998, Tomo III.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; **Derecho Penal Mexicano, I**, Introducción al estudio de las figuras típicas; Ed., Porrúa, México, 6ª edic, 2000.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; **Derecho Penal Mexicano II. La tutela Penal de la Vida e Integridad Humana**; Ed., Porrúa, México, 6ª edic, 2000.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano; **La Tipicidad**; Ed., Porrúa, México, 1980.

KELSEN, Hans; **Teoría Pura del Derecho**; Ed., Eudeba, Argentina, 1987.

KELSEN, Hans; **Teoría Pura del Derecho**; Ed., Porrúa, México, 11ª edic, 2000

LASSALLE, Ferdinand; **¿Qué es una Constitución?**; Ed., Hispánicas; España, 1987.

MAGGIORE, Giuseppe; **Derecho Penal: El Delito**; Ed., Temis, Colombia, 1994.

MONTAGU, Ashley; **La Naturaleza de la Agresividad Humana**; Ed., Alianza Universitaria, España, 1988.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco; **Manual de Derecho Penal Mexicano**, Ed., Porrúa, México, 15ª edic, 2000.

PONT, Luis Marco del; **Derecho Penitenciario**; Ed. Sista, México, 1999.

PORTE PETIT, Celestino; **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal**; Ed., Porrúa, México, 19ª edic, 2001.

RAMÍREZ, Elpidio e Islas, Olga; **Lógica del Tipo en el Derecho Penal**; Editorial Jurídica Mexicana, 1990.

RECASENS SICHES, Luis; **Introducción al Estudio del Derecho**; Ed., Porrúa, México, 13ª edic, 2000.

ROXIN, Claus; **Problemas básicos del Derecho Penal**; Ed., Reus, España, 1986.

SERRA ROJAS, Andrés, **Teoría del Estado**; Ed., Porrúa, México, 15ª edic, 2000.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis; **Historia del Derecho Mexicano**; Ed., Porrúa, México, 8ª edic, 2001.

SOLER, Sebastián; **Derecho Penal Argentino**; Ed., TEA, Argentina, 1993.

STUCKART y GLOBKE, **La Cultura Nazi**. Ed., Barcelona, 1986.

VAILLANT, George C.; **La Civilización Azteca**; Ed., FCE, México, (Reimpr.)1996.

WELZEL, Hans, **Teoría de la Acción Finalista**, Ed., Depalma, Argentina, 1991.

FUENTES LEGALES:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Ed., Porrúa, México, 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (COMENTADA); Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ed., Porrúa, México, 2001.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ed., Porrúa, México, 2001.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO; El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX, México, 1999.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 19 de julio de 1996.

HEMEROGRAFÍA:

Bacigalupo opina que el principio de culpabilidad es "...poco más que una remisión a los sentimientos del juez", en "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-político criminal", en *Reveu Internationale de droit*, número 1, 1998.

BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, "Nuevas Reflexiones Sobre las Características del Delito"; en *Criminalia*.

HANS HEINRICH, Jeschek; "Enfoque Jus-comparativo de ciencias penales", *Revista jurídica*, número 8, febrero-marzo de 1989, Buenos Aires.

"Justicia"; *Excelsior*, México, 29 de marzo de 2001.

KOHLER; J. ; "El derecho penal de los aztecas"; *Revista de Derecho Notarial Mexicano*; Vol II, núm. 9, México, 1986.

PELÁEZ, Mercedes, "Algunas consideraciones sobre el marco jurídico que rige los centros de reclusión", *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, México, núm. 5, mayo-agosto de 1999.

PELÁEZ, Mercedes, **"Algunas reflexiones sobre la readaptación social"**, Criminalia, México, año LXIII, mayo-agosto de 1999.

CINTA BRAVO, ALEJANDRO, subdirector técnico del Reclusorio Oriente del D.F., **"Situación real de la población en las prisiones de la ciudad de México"**, La Jornada, 24 de octubre de 2001, 2ª plana.

SMYTHE, Altmann; **"la pena privativa de libertad"**, Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, núm 2, junio de 1968, Caracas.

OTRAS FUENTES:

ANIYAR, Lola; **El proceso de criminalización**; ponencia en el primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Venezuela, noviembre de 1992.

Comisión Nacional de Derechos Humanos y Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, México, 2000.

Dirección General de Prevención y Readaptación Social, México, 2000.

Liga de la Federación de los Derechos Humanos, México, 1999.

Manual de los derechos del interno, México, **Comisión Nacional de Derechos Humanos**, 1996.

MEDELLÍN HERRASTI, Alex; **Memorias del primer Congreso sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos**, Universidad Autónoma de Guadalajara, 2000.

Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, México, 1995.