



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

El Juez de Ejecución de Sentencias Penales: La Tutela Judicial Efectiva de los
Derechos Humanos en la Ejecución Penal dentro de un Estado Constitucional de
Derecho en México.

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Licenciado en Derecho

PRESENTA

Miguel Fernando Tovar Villar

Asesor: Maestro Juan García

Marzo de 2014



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.

Dedicatoria:

A mis papás Vicente y María Salomé, por su cariño infinito, su incondicional apoyo y porque me han enseñado a vivir a través del ejemplo.

A mis hermanas Laura y Daysi, mis amigas desde la infancia.

A Sofía por ser una sobrina muy lista, graciosa y hermosa.

A los amigos que conocí en la carrera y a los que ya conocía, gracias Nor, Ángel, Matt, Julio, Luisfer, Hugo, Kenny, Beto, Habana, Juan, Serafín, Viry, Naty, Hobbit.

A mis roommates y amig@s Aime, Kary, Monse, Paty, Viry, Are, Karla, Sari y Pablo.

A Veronica por ser tan especial en esta etapa de mi vida.

Agradecimientos:

A mi familia por todo su apoyo y sus consejos.

A mi asesor el Maestro Juan García por su disponibilidad, sus correcciones que dieron mayor claridad a este trabajo y sobre todo por su motivación.

Al licenciado Agustín Lara Godoy por brindarme las facilidades en mi trabajo para poder realizar este proceso de titulación.

A mis sinodales por haberse tomado el tiempo de leer este trabajo.

A quienes me aportaron alguna opinión, crítica o idea para la realización de este trabajo.

Santificar la venganza bajo el nombre de justicia, como si la justicia no fuera en el fondo más que una transformación del sentimiento de la ofensa sentida.

-Friedrich Nietzsche (Más allá del bien y del mal)

Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica... Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.

-Cesare Beccaria (De los delitos y las penas)

Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias -delitos, venganzas y punitivas arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.

-Luigi Ferrajoli (El Derecho penal mínimo)

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I.....	3
El Delito y la Pena	3
1.1 Definición de Delito.....	3
1.1.1 Definición etimológica.....	3
1.1.2 Definición gramatical	5
1.1.3 Otros conceptos	6
1.1.3.1 Definición de delito natural	6
1.1.3.2. Definición de Max Ernst Mayer y de Edmundo Mezger.....	9
1.2 La Teoría del Delito	10
1.2.1 Causalismo.....	10
1.2.2 Causalismo valorativo o Sistema neoclásico.....	14
1.2.3 Finalismo	15
1.2.4 Funcionalismo	17
1.3 La Pena	18
1.3.1 Antecedentes de la pena.....	19
1.3.2 El surgimiento de la pena de prisión en el pensamiento clásico	22
1.3.3 Definición de Pena	24
1.3.3 Principales teorías de la pena	24
1.3.3.1 Teoría absolutista o retributiva.	24
1.3.3.2 Teorías relativas.....	26
1.3.3.3 Otras definiciones.....	27
1.4 La naturaleza jurídica de la pena	29
1.5 La legitimación punitiva del Estado: el <i>ius puniendi</i>	33
Capítulo II.....	41
La Ejecución Penal.....	41
2.1 Importancia de la fase ejecutiva de las sanciones penales	42
2.2 Los principios de la ejecución penal.....	44
2.2.1 Principio de legalidad ejecutiva	45
2.2.1 El Principio de Resocialización.....	48
2.2.2 Principio de Judicialización de la Ejecución Penal:	52

2.2.3 Principio de Inmediación de la Ejecución Penal:	53
2.3 Ejecución de Penas y División de Poderes	55
2.4 La Ejecución Penal en un Estado Constitucional de Derecho	56
2.4.1 El Estado Constitucional de Derecho	56
Capítulo III	61
Los Derechos Humanos y sus Garantías en el Sistema Penitenciario.....	61
3.1 El poder punitivo del Estado frente a los derechos humanos de los internos en centros de reclusión	61
3.1.1 Los derechos humanos de los reclusos	64
3.2 Legislación penitenciaria en el Sistema Universal de Derechos Humanos	72
3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	72
3.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	73
3.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	77
3.2.4 Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos	78
3.2.5 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.....	80
3.2.6 Principios básicos para el tratamiento de los reclusos	81
3.2.7 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.....	83
3.2.8 Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.....	84
3.2.9 Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley	87
3.3 Legislación penitenciaria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	88
3.3.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	89
3.3.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos	90
3.3.3 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	93
3.4 Legislación penitenciaria mexicana.....	94
3.4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	94
3.4.2 Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados.....	96
3.4.3 Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura	99
3.4.4 Reforma constitucional en materia penal de 2008	100
Capítulo IV.....	103

La Situación Actual del Sistema Penitenciario Mexicano y la Incorporación de Jueces de Ejecución de Sanciones Penales	103
4.1 El sistema penitenciario mexicano	103
4.1.1 La situación de los reclusorios mexicanos desde la perspectiva de los derechos humanos	108
4.2 Los Jueces de ejecución de sanciones penales.....	120
4.2.1 Antecedentes	120
4.2.2 Naturaleza jurídica	123
4.3 La necesidad de incorporar Jueces de ejecución al sistema penitenciario mexicano.....	125
Capítulo V.....	130
Conclusiones.....	130
BIBLIOGRAFÍA	133

Introducción

La presente tesis de investigación tiene como objetivo principal proporcionar un marco teórico conceptual que permita conocer y entender la figura del Juez de Ejecución de Sentencias Penales, recientemente implementada en nuestro sistema de justicia penal y sistema penitenciario, mediante la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

El título del presente trabajo hace hincapié a la importancia que ha tenido la implementación del Juez de Ejecución en la evolución de un sistema penitenciario que busca cumplir sus objetivos primordiales propuestos por la Constitución Política y leyes secundarias, así como los planteados por los Tratados Internacionales de que el estado mexicano es parte, principalmente en lo correspondiente a la reinserción social y el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en centros de reclusión.

Como se podrá observar en el desarrollo de esta investigación, para hablar del funcionamiento del sistema de ejecución penal convergen diversas ramas del derecho como lo es el propio derecho penal, penitenciario, constitucional e internacional en cuanto a los derechos humanos y su instrumentación se refiere. Asimismo, la tarea que nos ocupa es analizar lo que en el ámbito jurídico se está efectuando para cumplir los objetivos propuestos en la ejecución de una pena, no obstante que es un tema que abarca otras ramas de las ciencias sociales como la sociología o política criminal.

En la actualidad, a nivel nacional e internacional los estados denominados a sí mismos como democráticos y de derecho han convenido en la importancia de tener una perspectiva de derechos humanos en el quehacer de sus instituciones en el ámbito judicial, legislativo y de administración pública. Esto ha derivado que las reformas de más reciente implementación en nuestro país, se conceda un espacio referente a la defensa y promoción de los derechos humanos individuales, colectivos o de minorías.

La delimitación del presente tema de investigación tendrá como eje la figura del Juez de Ejecución de Sanciones Penales, del cual se analizará su origen, naturaleza jurídica, facultades, la importancia que tendrá para la tutela de los derechos fundamentales de la población interna en centros de reinserción social, partiendo de un diagnóstico general sobre la situación de los derechos humanos en estas instituciones y señalando su valor como un rígido límite a la actuación

del poder punitivo del Estado, contribuyendo así al establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho.

Cabe señalar que en el plano internacional, el Juez de Ejecución es ya una figura consolidada cuyo funcionamiento ha sido tratado en diversos trabajos de investigación en el ámbito jurídico. En el caso de México, se trata de un tema que cobró importancia a raíz de la mencionada reforma constitucional de 2008. Ésta fue una razón más para interesarse en la presente investigación, pues en México el estudio del Juez de Ejecución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los internos en reclusión ha sido incipiente comparado con aquellos países en los que el Juez de Ejecución se ha instaurado como una figura imprescindible del sistema penitenciario.

Para lograr este objetivo, en el primer capítulo se realizó una investigación bibliográfica y hemerográfica que incluyó la evolución histórica de los conceptos de delito y pena, así como los referentes teóricos que han surgido para dotar de sentido, justificación o incluso para retractar la existencia de cada uno, tales como el casualismo y finalismo; así como las teorías de retribución, relativas y absolutas de la pena.

En el segundo capítulo, se presenta un marco conceptual que se sitúa en la etapa de ejecución penal. Se señala su importancia como una fase más del procedimiento penal, así como los principios de legalidad, proporcionalidad y judicialización que deberán prevalecer mientras transcurre. De igual forma, en este capítulo se consideró pertinente ubicar a la ejecución penal dentro del denominado estado constitucional de derecho, explicando su relación con la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Posteriormente, en la tercera parte se elaboró un marco jurídico nacional e internacional relacionado con la protección de los derechos humanos de las personas reclusas en centros de reinserción social, resaltando la importancia de algunos instrumentos internacionales en la materia, así como un análisis esquemático de todos los derechos que les corresponden por su calidad de seres humanos, de procesados o sentenciados.

En el capítulo cuarto, se señala la situación real de los derechos humanos dentro de los centros penitenciarios del país, para lo que se tomaron en cuenta los informes elaborados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en ese rubro. A partir de este hecho, se realiza una exposición sobre las principales facultades, atribuciones límites y posibilidades del Juez de ejecución de sanciones penales.

Por último, en el capítulo quinto se presentan las conclusiones a las que nos hizo llegar nuestra investigación.

Capítulo I

El Delito y la Pena

1.1 Definición de Delito

Es de vital importancia comenzar con un esbozo sobre lo que es el delito, así como las diversas acepciones o teorías que han surgido alrededor de dicho concepto, ya que es el delito el que da origen a todo un sistema de normas y de procedimientos dirigidos a sancionarlo, a prevenirlo y en algunos casos a erradicarlo. Se trata de una introducción necesaria cuando el tema a tratar son los instrumentos jurídicos que han surgido para sancionarlo; así como para establecer una vertiente de análisis, como en este caso será el juez de sanciones penales y su importancia para una tutela judicial efectiva de los derechos humanos de aquellas personas sujetas a un proceso penal o aquellas que se encuentran en el cumplimiento de una sentencia penal.

Dentro de este capítulo desarrollaremos algunas definiciones que han establecido destacados juristas, pertenecientes a corrientes diversas del derecho penal. Estas definiciones han servido de base teórica para el establecimiento del ordenamiento jurídico actual, y sobre ellas descansan las doctrinas de corte liberal que abordan temas como el derecho de castigar que posee el Estado.

1.1.1 Definición etimológica

Para dilucidar sobre cualquier concepto utilizado en nuestro lenguaje, es de gran ayuda remitirse a sus raíces etimológicas, ya que es a partir de estos orígenes que se construye su significado. Para esto es necesario recordar que nuestro lenguaje procede de raíces grecolatinas, máxime si hablamos del lenguaje jurídico, que está lleno de términos surgidos del derecho romano y cuya fuente es por tanto el idioma latín. El Maestro Miguel Arcila lo refiere de la siguiente manera:

Si tratamos de encontrar las raíces etimológicas de la palabra delito, encontramos que “deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”. Por su parte el Maestro Ignacio Villalobos, refiere que la palabra delito, deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa,

se toma como *linquereviam* o *rectam viam*: dejar o abandonar el buen camino.¹

Los conceptos señalados coinciden en aceptar como significado etimológico de la palabra *delito* la de “apartarse o dejar atrás el camino señalado por la norma o la ley”, es decir, que desde su origen, la palabra *delito* se usaba para aludir a un comportamiento no deseado por la sociedad, alejado de las pautas de conductas consideradas socialmente idóneas. De esta forma, la historia registra desde la antigua Roma que ya se distinguía entre delitos públicos (*crimina*) y delitos privados (*delicta*), precisando que “las primeras ponían en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguía de Oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el árbol *infelix*, lanzamiento desde la roca *tarpeya*, etc.), estos con un origen militar y religioso. Los segundos, causaban daño a un particular y solo indirectamente provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada a favor de ella.²

Otra definición nos la ofrece el diccionario del distinguido jurista Guillermo Cabanellas: “Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa”.³ Este autor indica que existen diversos tipos de delito y proporciona una definición para cada uno de ellos. Aunque sus definiciones no son jurídicas, es decir que no están establecidas en algún ordenamiento, es pertinente mencionarlas con el fin de tener un entendimiento cabal del término:

Delito agotado. El que además de consumado ha conseguido todos los objetivos que el autor se proponía y cuantos efectos nocivos podía producir el acto delictivo. Casual. Considerado subjetivamente, el que surge de modo repentino por un estímulo pasional, por una oportunidad tentadora para ánimos débiles. I Civil. Según la doctrina, por delito civil se entiende "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro". I Colectivo. El llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero, o contra varios, pero siempre con desproporción considerable de fuerzas a favor de los agresores. I Común. El sancionado por la legislación criminal ordinaria; es decir, por el Código Penal. En este sentido, los delitos comunes se contraponen a los especiales, los castigados en otras leyes. I Consumado. La acción u omisión voluntaria penada por la ley cuando la ejecución o abstención ha tenido la realidad que el autor se proponía. I Continuado. Se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones parciales de un solo delito. Por ejemplo, el que roba una suma de dinero guardada en un lugar llevándose unas cuantas monedas o billetes cada día; quien introduce una partida de contrabando repartiéndola en

1 Triana C., Jaime Cesar, Etimologías Griegas y Latinas del Español, p.111

2 *Ídem*.

3 *Ibíd.*, p. 3.

varias expediciones; el que provoca un envenenamiento aplicando dosis sucesivas de algún producto. I Cualificado. El agravado por circunstancias genéricas (las establecidas en la parte general de un código) o por las específicas de algún delito en particular (el carácter "doméstico" del hurto). (V. Circunstancias agravantes.) I Culposo. La acción, y según algunos también la omisión, en que concurre culpa (imprudencia o negligencia) y que está penada por la ley. El autor, aun obrando sin malicia o dolo, produce un resultado ilícito que lesiona la persona, los bienes o derechos de otro. 4

1.1.2 Definición gramatical

Una vez visto el origen etimológico de la palabra delito, conoceremos el significado aceptado actualmente por la Real Academia Española de la Lengua (RAE); para esto, el diccionario en línea de la RAE en su vigésimo segunda edición nos ofrece la siguiente definición:⁵

Delito. (De *delicto*).

1. m. Culpa, quebrantamiento de la ley.

2. m. Acción o cosa reprobable. Comer tanto es un delito. Es un delito gastar tanto en un traje.

3. m. Der. Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley.

~ común.

1. m. Der. delito que no es político.

~ de lesa majestad.

1. m. Der. En derecho antiguo, delito que se cometía contra la vida del soberano o sus familiares.

~ de sangre.

1. m. Der. delito que causa lesión corporal grave o muerte.

~ político.

1. m. Der. delito que establecen los sistemas autoritarios en defensa de su propio régimen.

Como podemos observar, la Real Academia de la Lengua Española toma en consideración algunos de los elementos que son primordiales en la teoría del delito, como la "acción" y la "culpa"; asimismo, se refiere a la antijuridicidad del acto, como el quebrantamiento de la ley.

4 *Ibíd.*, pp. 3-4.

5 Real Academia Española, 2001, *Diccionario de la lengua española* (22.^a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html> . 3 de octubre de 2012.

De lo anterior se desprende que el delito, en su acepción más general es considerado como un acto contrario a derecho, producto de una acción y que se considera culpable; más adelante estudiaremos cómo es que estos elementos surgen de diversas teorías que intentan dar una explicación más elaborada, jurídica, filosófica e incluso científicamente al fenómeno en cuestión.

1.1.3 Otros conceptos

1.1.3.1 Definición de delito natural

Entrando en materia, uno de los conceptos tan importantes como controversiales de la historia en el estudio del derecho penal, es el de delito natural, producto de la llamada teoría naturalista. El principal exponente de la doctrina naturalista, que da origen al concepto de “delito natural” es Raffaele Garofalo, jurista y criminólogo italiano representante del positivismo criminológico, llamado en su tiempo la *nueva escuela*, y afirma que:

[...] el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. 6

Garofalo se enfrentó con una cuestión fundamental para el estudio del delito: los hechos considerados delictivos no son los mismos en todas las épocas; asimismo, pudo advertir que algunos actos que en su época fueron considerados delitos, no lo habían sido en la antigüedad. Un ejemplo de esto es que en la antigüedad, matar por piedad al padre enfermo no era considerado delito, tampoco era ilícito matar para cumplir con la venganza.

Por esa razón, Garofalo prefiere cambiar el objeto de su estudio y en vez de investigar hechos delictivos, comienza a investigar qué sentimientos lesionan y se convierten en delitos. Observó que los delitos lesionan sentimientos, por lo que investigó si hay sentimientos perdurables cuya lesión siempre hubiese sido considerada ilícita; tarea que lo lleva a la conclusión de que existen dos sentimientos cuya lesión la humanidad siempre consideró delito: el sentimiento de *piedad* o *benevolencia* y el sentimiento de *probidad* o *justicia*. El sentimiento de piedad puede ser lesionado por el homicidio, las heridas, las mutilaciones, los malos tratos, el estupro, el rapto, la violación, el secuestro, etc. El sentimiento de probidad puede ser lesionado por el robo, el hurto, la estafa, los incendios, los daños, etc.

Así lo refiere el maestro Jiménez de Azúa, en su estudio sobre la teoría del delito:

6 Jiménez de Asúa, Luis, *La teoría jurídica del delito*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 20.

Los positivistas no habían dado definición del delito; éste seguía siendo lo que antes fue...es el caso que Garofalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural y en los de naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad, halla las bases de su famosa definición: "el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad"⁷

Una de las consecuencias de esta consideración es que no forman parte de la criminalidad natural los hechos que lesionan el sentimiento religioso, los que atañen al pudor, los atentatorios al buen orden de la familia ni los delitos políticos. Pero esto no quiere decir que quedarán impunes. El maestro Garofalo lo resuelve de la siguiente manera:

Los que no atacan esos sentimientos de piedad y probidad, punibles a pesar de todo como ya se acaba de decir, son los delitos legales o de "creación política".

Los delitos naturales se dividen en dos categorías:

a) Ofensas al sentimiento de piedad o de humanidad. Comprende en primer término agresiones contra la vida de las personas y toda clase de actos que tiendan a producirles un mal físico (lesiones, mutilaciones, malos tratamientos entre padres e hijos, marido y mujer). En segundo lugar, los actos físicos que producen un dolor a la vez físico y moral, como la violación de la libertad individual, bien por la lujuria o por lucro; asimismo, la desfloración, el rapto sin consentimiento, la detención arbitraria, etc. Por último, los actos que por un medio directo producen necesariamente un dolor moral, como la calumnia, la difamación, la seducción de una joven con engaños, etcétera.

b) Ofensas al sentimiento de probidad. Comprende, en primer lugar, las agresiones violentas contra la propiedad, como el robo, la extorsión, la devastación y el incendio. En segundo lugar, las agresiones llevadas a cabo sin violencia, pero con abuso de confianza, como la estafa, la infidelidad, la insolvencia voluntaria, la bancarrota, la violación de un secreto, el plagio y toda clase de falsificaciones dañosas a los derechos de los autores y fabricantes. Por último, las lesiones indirectas a la propiedad o a los derechos civiles de las personas, por medio de mentiras solemnes, como los falsos testimonios, las falsificaciones de documentos auténticos, la sustitución de un niño la supresión del estado civil, etcétera.⁸

Con esta definición, nuestro autor fundamenta la responsabilidad penal en la peligrosidad innata de la persona, del delincuente, al que consideraba una "variedad" involucionada de la especie humana, incapaz de asimilar los valores de la sociedad donde se desarrolla. Por otra parte, hay un cúmulo de juristas que

⁷ *Ídem.*

⁸ *Ibíd.*, p. 21.

tienen una noción diferente, pero de una sustancia semejante a la emitida por Garofalo:

Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado [...]⁹

En Francia, desde un punto de vista más cercano a la sociología, Durkheim señaló que "es un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos, dotados de una energía y de una previsión particulares", y más exacta y ampliamente añade después: "el delito lesiona aquellos sentimientos que en un mismo tipo social se encuentran en todas las conciencias sanas".¹⁰

La mayor parte de estas definiciones de carácter sociológico basadas, en mayor o en menor proporción, en la fórmula creada por Garofalo, han sido resultado de innumerables críticas. Por esta razón surgieron otras corrientes que otorgan al delito una definición material y le atribuyen un sentido sociológico-jurídico. Eberhard Schmidt, al rehacer el Lehrbuch de von Liszt, elabora este concepto "material" de la "conducta criminosa", que nos dice:

[...] delito es, por tanto —en atención a su contenido—, el ataque, socialmente lesivo en particular para el orden dado de la vida social según la consideración del legislador, a los intereses jurídicamente protegidos, procedente de una personalidad responsable que manifiesta precisamente en ese ataque su peligrosidad social". Por su parte, en Italia, Giuseppe Maggiore, que nada tiene de positivista, y que tan influido estuvo por el neo idealismo activista de Gentile, coloca junto a la transcrita definición "formal" otra, también copiada en que se habla de la acción que considera pasible de pena "la conciencia ética de un pueblo en un dado momento histórico". Últimamente, según hemos visto, Maggiore emprende otros rumbos, en los que, por paradoja, la definición del delito natural nada tiene de sociológica, puesto que la elabora en correspondencia con el derecho natural y no con la criminología, en tanto que su noción del delito legal menciona el "dado momento histórico", con marcado sabor sociológico.¹¹

Como lo hemos mencionado anteriormente, el fundamento del delito natural fue objeto de críticas por parte de algunos estudiosos del derecho penal:

[...] esa teoría no sólo es arbitraria porque es difícil decir en qué consiste la medida de estos sentimientos, sino que es completamente inútil para el derecho penal porque daría solamente la explicación de una parte mínima de los delitos contenidos en el código, y es falsa ante la historia y la psicología porque esta teoría a lo más podrá servir para hoy, pues muchos sentimientos de épocas pasadas no son ya nuestros

⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰ *idem*

¹¹ *Ídem.*

sentimientos, como probablemente nuestros sentimientos no serán los sentimientos del porvenir.

[...] Dorado Montero, en España, hace también la crítica del delito natural, o mejor dicho de cuantas definiciones se han dado de él, con la pretensión de hallar el delito per se. Dorado la rechaza porque, a su juicio "casi todas van afectadas de un vicio de origen, que consiste en pretender dar un concepto del delito en sí, que lo sea para todo el mundo y que abarque todos los hechos que merezcan la calificación de delictuosos por su propia naturaleza. Pretensión por completo análoga a la de los partidarios y mantenedores del punto de vista antiguo de la justicia absoluta y de la posibilidad del conocimiento por el hombre de la esencia inmutable de las cosas, pero totalmente incompatible, a mi parecer, con las ideas modernas de la relatividad de los conocimientos y la falibilidad de los criterios y puntos de vista".¹²

1.1.3.2. Definición de Max Ernst Mayer y de Edmundo Mezger

Max Ernst Mayer, considerado uno de los penalistas alemanes de más renombre, dio una importancia destacada a la característica de tipicidad en el delito, para este autor el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Se percibe en este concepto del famoso profesor de Estrasburgo, que en vez de "acto, hecho o acción", se dice acontecimiento. Luego se verá que esto es debido a que, a juicio de Mayer, hay delitos en que no puede hablarse propiamente de acto humano, en el origen del suceso que da lugar a una pena. Del mismo modo vemos que no se incluye la punición del acontecimiento; es decir, la exigencia "penado por la ley", porque a su juicio, como al de otros varios penalistas modernos no se trata de un requisito de la infracción penal, sino de su consecuencia. Finalmente, obsérvese que Mayer dice "imputable", en vez de "culpable", que es el término usualmente empleado. En verdad en este aspecto el cambio no es sustancial, pues emplea el vocablo "imputable" en amplio sentido, que abarca la "culpabilidad"; pero nos sugirió la necesidad de intercalar un nuevo carácter de la infracción. Aunque la imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del "delincuente", más que a la consagrada al "delito", es indispensable aludir a ella en una construcción dogmática del crimen.¹³

Ahora bien, esa definición de Mayer es de índole "formal". La "definición real" se construye después de exponer su teoría de las normas de cultura y dice así como corolario de ella: "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contrario a una norma de cultura reconocida por el Estado".

¹² *Ídem.*

¹³ *Ibid.* p. 29

Por su parte, Edmundo Mezger nos da, en su Lehrbuch, una definición breve, como la de Mayer, pero bastante diferente en cuanto al íntimo ligamen que supone entre tipicidad y antijuricidad: "es delito la acción típicamente antijurídica y culpable".

En su Grundriss de 1938, dice que "acto penal es un hacer u omitir, de un determinado autor, antijurídico-típico, personalmente imputable y sancionado con una pena". Las rectificaciones son fundamentales. No sólo se adopta el término, bastante criticado por algunos de los que luego lo acogerán, de "acto penal", sino que se altera el orden de los requisitos expresados por los vocablos antijurídico-típico; la "culpabilidad" se reemplaza por personalmente imputable; la "acción", comprensiva de todo acto, por hacer u omitir, y se incluye la sanción de una pena, proscripta antes porque la amenaza penal se miraba por Mezger como "consecuencia" y no como característica del delito.¹⁴

Como puede apreciarse, aquí están presentes los cuatro elementos que se desarrollan de forma más completa en la teoría del delito: causalismo, causalismo valorativo, finalismo y funcionalismo.

1.2 La Teoría del Delito

Las llamadas teorías del delito tienen como principal objetivo analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad del comportamiento del hombre, la cual puede manifestarse a través de una acción o de una omisión. Dicho lo cual, este análisis no sólo se limita a referirse al fenómeno delictivo, es decir las acciones que encuadrarían en esa categoría, sino a todo comportamiento humano del cual pueda derivarse la aplicación de una consecuencia jurídico penal. Por lo que es objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos en los que, no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, dicha acción u omisión resulte justificada y, por lo tanto, exenta de punibilidad.

Para poder estudiar los presupuestos de punibilidad, es necesario hacer un esbozo general de las teorías penales que han surgido para el estudio de dicha problemática. Asimismo, en el presente trabajo de investigación es indispensable partir del origen de toda doctrina que ha considerado la necesaria punibilidad de ciertas acciones, y por lo tanto de la imposición de las penas o medidas de seguridad, en nuestro caso, la pena privativa de la libertad. A continuación se presenta una explicación de cada una de las teorías penales más importantes.

1.2.1 Causalismo

¹⁴ *Ibíd.*, p. 29.

En la historia del derecho, se han construido diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad por los actos que dañen un bien jurídico protegido por el derecho, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena como consecuencia de esta acción y la gravedad de la misma. Son conocidas como teorías jurídicas del delito la sistematización lógica de esas reglas y sus criterios de imputación.

No obstante, lo que hoy día se conoce como Teoría Jurídica del Delito es relativamente nuevo, ya que surge en Alemania a mediados del siglo XIX, con los estudios realizados por Luden, en 1840; Berner, en 1857 y posteriormente Franz Von Liszt, en 1881; quienes sentaron los fundamentos del sistema que trataremos a continuación.

El trabajo de Heinrich Luden, consistió en considerar que el delito se dividía en tres elementos: 1) Un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana, 2) antijuridicidad de esa acción; 3) Cualidad dolosa o culposa de esa acción.¹⁵

Cabe mencionar que el contexto dentro del cual se elaboró este marco conceptual que dio origen al sistema causalista, fue durante el auge del positivismo científico, por lo que se pretendió abordar todos los problemas del Derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Así lo menciona el actual Ombudsman Nacional, en su obra titulada *Teoría del Delito*:

La concepción clásica se encuentra caracterizada por concebir a la acción de una manera simple y clara, lo cual tiene términos totalmente naturalísticos, como es el caso de una acción compuesta por un movimiento corporal (acción en sentido estricto) y la consecuente modificación del mundo exterior (resultado) unidos por la relación de causalidad. Bajo esta concepción surge la distinción entre la fase interna y externa del delito, la primera engloba la ideación, deliberación y resolución, en tanto la segunda, la exteriorización, preparación y ejecución.

La concepción anterior, perdió total vigencia tratándose de la omisión en la que no era factible explicar la falta de movimiento corporal unida a una relación de causalidad. Liszt fue el primero en descubrir la esencia de la omisión basada en el espíritu y no en una forma de comportamiento corporal, en virtud de que la norma espera un determinado comportamiento y no simplemente una falta de actividad, sin embargo, con dicha explicación se abandonaba el concepto naturalístico de la acción. (plasc)¹⁶.

Como se puede observar, Franz Von Listz, cobra gran relevancia para el desarrollo de dicha teoría, pues concibe la “acción” como el fenómeno causal

¹⁵ Heinrich Luden, *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1840, t. II S. 110, 130. Cit. en Roxin, Claus. *Derecho penal parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, p. 236.

¹⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, México, UNAM, 2004, p. 36.

natural en el delito. Así lo expone en su obra, la sistematización del delito, cuyas características fueron:

- a) El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación (*verhalten*) voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.
- b) El delito es además, un acto contrario al derecho; es decir un acto que contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.
- c) El delito es, por último, un acto culpable; es decir un acto doloso o culposo de un individuo responsable”.¹⁷

Siguiendo esta línea de argumentación, podríamos decir que la sistemática de Liszt tenía como origen dos perspectivas de análisis: una objetiva o material en la cual se analizaba el hecho, es decir, la conducta y la antijuridicidad, y otra subjetiva para analizar al autor, culpabilidad.

Será hasta el año de 1906 que Ernst Beling desarrolle la función del tipo para dar lugar a un nuevo elemento, que es la tipicidad. A partir de entonces, el concepto de delito quedará compuesto por la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se abordan a continuación.

a) Conducta

El jurista mexicano Enrique Díaz-Aranda nos explica la función de la conducta como una característica objetiva de los elementos del delito, el cual se concibe en su forma más básica como una manifestación externa o corporal, que modifica la realidad de un hecho:

Como habíamos anunciado, el sistema clásico se apoyó en conocimientos materiales y, por lo tanto, para explicar los caracteres objetivos del injusto acudió a criterios naturalistas, con lo cual se pudo concebir a la conducta como un movimiento corporal, que es la causa de una modificación en el mundo exterior, cuya percepción se constata a través de los sentidos.

Algunos autores se equivocan al referirse al causalismo como sinónimo de sistema clásico. ¡No es lo mismo! El problema tiene su origen en la fundamentación material de la conducta empleada en el sistema clásico, que partió de una relación causal: conducta –nexo causal- resultado. Sin embargo en estricto sentido “el causalismo es una teoría para analizar a la conducta como categoría del delito en el sistema clásico” de Franz Von Liszt.¹⁸

¹⁷ Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Valletta, 2007, p. 262.

¹⁸ Díaz-Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito: doctrina, jurisprudencia y casos prácticos*, México, Straf, 2008, p. 21.

Como se deja ver con la cita que antecede, los causalistas explican la existencia de la acción delictiva cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta o hecho, es decir, la consideran sólo como una invasión muscular, un movimiento voluntario, no reflejo, en el que carece de importancia el fin propuesto por esa voluntad. En este orden de ideas, la acción se considera como un hacer voluntario, pero en esa voluntad no hay contenido. No contempla el actuar lleno de sentido, sino la simple producción de dicha actuación referida al mundo exterior, a la que le llama resultado.

Desde este punto de vista, la acción es considerada como un reflejo instintivo, en el que la acción no es tomada en cuenta con la finalidad de movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer movimiento.

b) Tipicidad

Como ya lo hemos mencionado, el trabajo de Ernst Beling es de relevancia por la conformación de la Teoría del Delito con un nuevo elemento constitutivo como es la tipicidad.

El tipo se caracterizó por ser objetivo y libre de valor, de ahí que los elementos que conformaron a la tipicidad fueron elementos puramente objetivos o descriptivos, que son aquellos que se perciben a través de los sentidos y se verifican mediante pruebas científicas. Por ejemplo, el privar de la vida a otro es un hecho que se percibe a través de los sentidos y pero que se demuestra mediante pruebas periciales como la necropsia; los dictámenes de balística, criminalística, etcétera.

Por otro lado, Beling puso de relieve la función del tipo como una garantía para el ciudadano, pues sólo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley. En Contrapartida aquellas conductas que no están descritas en algún tipo penal, se denominan “atípicas” y se consideran irrelevantes para el derecho penal, conforma ala fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*” creada por Feuerbach.

También se consideran atípicas las conductas que no reúnen todos los elementos descritos en el tipo; por ejemplo, la cópula impuesta por la fuerza no puede ser constitutivo de violación si hubo consentimiento de la mujer mayor de edad que pidió tener la práctica sexual con prácticas sadomasoquistas.¹⁹

Conforme a lo anterior, podemos observar cómo es que la definición de tipo sólo considera a aquellos que únicamente requieren de juicios causal-objetivos para su análisis, aunque no toma en consideración los que necesitan de un análisis de valoración normativa o subjetiva, esto es por ejemplo, el tipo penal de robo, en el que hay que constatar que *la cosa es ajena*, para lo cual hay que hacer un análisis normativo.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 22-23.

1.2.2 Causalismo valorativo o Sistema neoclásico

Posterior al casualismo, Edmundo Mezger modificó los postulados de este sistema debido a las múltiples críticas de las que fue objeto, asimismo por la gran influencia neokantiana, que rechazaba someter a las ciencias del espíritu los principios de las ciencias naturales, por lo cual decidió reorientar la dogmática penal a través del empleo de un método propio de las ciencias naturales. Es así que en palabras de Mezger: “como ninguna otra rama del derecho, ha sido precisamente el derecho penal tocado hasta lo más profundo por el pensamiento naturalista del siglo XIX”; es por eso que se puso de manifiesto que era erróneo dividir tajantemente el análisis del delito en parte objetivo-material (conducta, tipicidad y antijuricidad y parte subjetiva (culpabilidad), como lo señala a continuación:

La nueva orientación de la dogmática no sólo buscó descubrir las características externas u objetivas de la conducta típica y antijurídica, sino que además trató de explicar su significado valorativo, motivo por el cual también Mezger se apartó de la concepción positivista afirmando que la ley no es el único derecho, pues la dogmática jurídico penal debe atender al “ser espiritual” del derecho en su búsqueda por la justicia, con lo cual dio lugar al nacimiento del sistema neoclásico.

De lo anterior se desprende que, en relación con la conducta como elemento constitutivo de delito, desde la perspectiva neoclásica, ya no se puede considerar que la conducta provocó un resultado por la simple existencia de una relación causal entre ambos; se necesita además sostener un juicio valorativo sobre la “idoneidad o adecuación” de dicha conducta para provocar el resultado considerado lesivo al bien jurídico, es decir:

Sólo podrá sostenerse que una conducta ha provocado un resultado cuando el juicio de probabilidad (*ex ante*) indique que ese resultado es la consecuencia que generalmente se provoca con esa conducta. Así, por ejemplo, el juicio de probabilidad nos indica que disparar una pistola a otro generalmente provoca el resultado de muerte (conocimiento valorativo), y cuando ello ha sucedido (conocimiento óptico) podemos sostener que la conducta de disparar es la adecuada para matar. En cambio, a quien propina un puñetazo a otro que debe ser trasladado al hospital para ser atendido por la fractura en la nariz y muere quemado durante el incendio del hospital, no se le puede imputar el resultado de muerte porque la conducta de dar un puñetazo no es la “causalmente adecuada” para provocar la muerte, lo único que sí se le puede imputar son las lesiones.²⁰

²⁰ *Ibíd.*, p. 32.

1.2.3 Finalismo

Para esta teoría, la acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, el ejercicio de la propia voluntad; esto quiere decir que la finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta mediante la utilización de recursos.

Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

Para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo.

Para esta corriente es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consiente. El concepto final de acción no cubre a todas las formas del comportamiento humano del mundo jurídico-penal; tal es el caso de los delitos cometidos por imprudencia, en los que el agente no tiene la intención de cometerlos, pero por descuido los realiza. Según los finalistas, la imprudencia, consiste en la ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución, no es precisamente momento alguno de su finalidad.

La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse solo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final. Debemos distinguir a las teorías causalista y finalista de la acción, en virtud a que la primera considera a la acción como mecánica: un producto causal; en cambio, la segunda determina dirección y propósito a ese producto causal, es decir existe una voluntad orientada en determinado sentido.²¹

Los finalistas consideran que si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomarla en consideración, no se está tomando en cuenta la conducta sino un proceso causal. Es así que consideran esta afirmación como sumamente grave, porque contradice la esencia del derecho; lo típico y antijurídico no serán conductas, sino procesos causales. El derecho se convierte así en un orden regulador de conductas, sino de procesos causales, lo que es absurdo: el derecho no regula hechos, sino solo hechos humanos voluntarios, es decir, conductas, como a continuación se señala:

²¹ Ibid. p. 45.

Reinhart Maurach, al hablarnos de la acción, comenta como teorías causales el concepto naturalista de acción y el concepto social de acción. Este autor explica este último derivando su existencia del criterio natural, el cual cataloga a la acción como causación de un resultado, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo del comportamiento, sino considerándola como puro factor causal, es decir como causación de un resultado; el concepto naturalista de acción en la formulación clásica dada por Liszt, constituyó un concepto, destacado y querido como pre-jurídico; y desde el punto de vista ontológico, como bajo el aspecto de su practicabilidad, pues se supuso que un tal concepto de acción podía servir, por obra y gracia de su total neutralidad valorativa, de base común a los delitos doloso y culposo. Se le designó como natural por querer trasladar a las leyes de la ciencia de la naturaleza al Derecho Penal, y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia (naturalmente condicionada) del proceso causal precedente.

Es el producto del pensamiento naturalista dominante en el último tercio del siglo XIX, infiltrado en las ciencias del espíritu. Al igual que todo suceso de naturaleza, el delito es el resultado de una cadena causal. El derecho penal, sin embargo, en la averiguación de la causación del delito, debe moverse en límites más estrechos que la criminología, situada en el umbral de las ciencias de la naturaleza. Esta pretende remontarse hasta los orígenes de la cadena causal productora del delito, aquel se debe limitar a averiguar la causa inmediata, relevante jurídico penalmente, del resultado incriminado. Esta causa no está integrada por todo acto humano, sino tan solo por el hecho relevante para el tipo, vinculado directamente con el resultado; se prescindirá de los primeros eslabones de la cadena; la causalidad comienza con una acción adecuada al tipo.²²

Características

- 1) Se fundamenta en el principio de la causalidad natural, de acuerdo con el cual todo resultado es producto de una causa. Este principio se sustenta en tres elementos: una causa, un nexo causal y un efecto. En la comisión de un delito, la causa es la acción, el efecto es el resultado material o jurídico que ha generado la acción y el nexo causal es el lazo que une la acción con el resultado.
- 2) La tipicidad, que no solo es el fundamento de la sistematización del delito sino además una garantía de libertad.
- 3) La antijuricidad de la conducta, que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.
- 4) La culpabilidad que viene a ser una relación natural, en este caso, una relación psicológica entre el sujeto y el acto.

El sistema penal mexicano por muchos años se ubicó dentro del causalismo, por ello, al acuñar el concepto de *cuerpo del delito*, lo define como “el conjunto de

²² *Ibid.*, p. 3.

elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal”. En el tipo penal no se incluyen ni elementos normativos ni subjetivos, por ello el dolo y la culpa se ubican exclusivamente en el elemento de culpabilidad.

1.2.4 Funcionalismo

A partir de la década de los setenta, el mundo de la academia ofreció diversas soluciones para superar las críticas realizadas al sistema finalista, entre las que destacaron: la síntesis neoclásico-finalista realizada por Gallas, Jescheck y Wessels, así como el sistema racional-final, también llamado teleológico o funcionalismo político-criminal, de Claus Roxin y el sistema funcionalista normativista de Günter Jakobs. Así lo describe el maestro Díaz-Arana:

Los nuevos proyectos sistemáticos mantienen la estructura del delito con la conducta como presupuesto del delito y tres categorías: tipicidad; antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, cada categoría experimenta un notorio cambio tanto en su concepción como en su conformación. Por ejemplo, se sustituye la concepción final de la acción y se fundamenta la conducta, bien en criterios valorativo-sociales (Roxin) o normativos (Jakobs); de igual forma, la concepción de la tipicidad ha experimentado un gran cambio a partir de los criterios de la imputación al tipo objetivo, denominados en su conjunto como “teoría de la imputación objetiva del resultado”, y que para nosotros debe denominarse “teoría de la imputación normativa del resultado de la conducta”; el dolo pierde contenido psicológico y se acerca más a una concepción sicológica-normativa; el contenido normativo de la culpabilidad pasa a sustentarse en criterios político-preventivos (Roxin), o bien normativo-preventivos (Jakobs).²³

Para explicar los fundamentos de la mencionada teoría, el jurista Díaz Aranda nos proporciona una descripción muy oportuna sobre el origen y fundamento que sirve de base para el desarrollo de esta teoría.

El modelo de Günter Jakobs parte de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y somete toda la teoría del delito a sus postulados. Así, mientras que su maestro, Hans Wezel, consideró indispensable construir el sistema del delito sobre una base lógico real, Jakobs lo sustenta normativamente; de ahí que conceptos como el de *conducta*, *causalidad* o *bien jurídico* quedan circunscritos a las necesidades de la regulación jurídica. Por esta razón, podemos calificarlo como un funcionalismo normativista, el cual, en palabras de Jakobs: “se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”.

²³ Díaz-Aranda, *op. cit.*, p. 53.

La base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía en favor del Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicaciones de reglas que garantizan su desarrollo armónico (normativa), que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales; por ello, la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad. [...]

La pena constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma; es decir, se abandona la tradicional concepción que sustenta a la pena como una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico tutelado y se erige como el medio a través del cual se confirma la vigencia de la norma violada, y de esa forma, restituir la identidad social.

Por tanto, el delito es una afirmación que contradice a la norma, la pena es la respuesta que confirma la norma; en consecuencia, la función de la pena es restituir la vigencia de la norma violada con la conducta delictiva.

Muchas son las críticas que enfrenta el funcionalismo normativista, pero la de mayor peso se refiere a la fundamentación puramente formal del derecho penal, conforma a la cual la ley penal debe tener validez por haberse emitido por el órgano del Estado facultado para ello. Una concepción como la anterior no tiene problemas para su aceptación en las condiciones actuales sociales.²⁴

1.3 La Pena

Pena y Estado son conceptos relacionados entre sí. El desarrollo del Estado lleva consigo el de la pena. La culpabilidad, consecuentemente, como fundamento de la sanción jurídica, ha tenido que adaptarse necesariamente a tales cambios. Diversos autores han concebido la idea de que el estudio de la pena tiene necesariamente que analizarse, para una mejor y más amplia comprensión, teniendo en cuenta el contexto social y económico, así como la forma del Estado y del gobierno en que se desarrolla el sistema sancionador.

Por esta razón, el presente estudio también compete al derecho constitucional, poniendo especial énfasis en las teorías que han dado nacimiento al llamado constitucionalismo moderno, que conciben al derecho como una estructura

²⁴ *Ibíd.*, pp. 54-5.

jurídica que permite al individuo garantizar la esfera de los derechos subjetivos que como ser humano le corresponden, a través de mecanismos procesales perfectamente establecidos en la constitución y de las leyes que emanan de ella.

Estado, pena –su función, sentido y finalidad- y culpabilidad, conforman conceptos cambiantes. Entre los tres existen ligazones bastante fuertes. En efecto, es evidente la relación entre una teoría determinada de Estado con una teoría de la pena, y entre la función y finalidad de la pena con el concepto dogmático de culpabilidad que se haga valer. Al igual que evoluciona la forma del Estado, el Derecho penal evoluciona, tanto en el plano general, como en cada uno de sus conceptos fundamentales. Y aquí se aprecian las visionarias palabras de Von Liszt cuando dijo que “por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho penal...”; acertada afirmación que pone el acento en uno de los puntos centrales de la ciencia jurídico-penal: la culpabilidad, concepto de cuyo estudio surge la decisión de imponer o no el castigo estatal.²⁵

1.3.1 Antecedentes de la pena

La pena privativa de libertad es un mal relativamente reciente en la historia humana. El establecimiento de la sanción de privación de la libertad como instrumento de combate y represión de la criminalidad, en nuestros días es considerada por las políticas públicas como una panacea universal contra la delincuencia. Asimismo se ha convertido en el eje del control social de cualquier sistema de gobierno.

[...] se asevera que la pena privativa de libertad surge con la humanización del derecho penal. El pensamiento filosófico y jurídico de los hombres de la Ilustración influyó el saber jurídico-penal; así Montesquieu, Marat, Benthan y Howard, realizaron aportes dirigidos a la humanización del derecho punitivo.

Después de tantos siglos de suplicio, tortura y pena de muerte, se comenzaba a pensar en diversas formas de castigo más benévolas; es éste el momento de la aparición de libro *De los delitos y de las Penas* de César Bonesana, maques de Beccaria, denunciando la crueldad de las penas, proclamándose partidario de un a justicia penal más humana y por la imposición de penas dirigidas a lograr fines útiles. De esta manera muy pronto la obra de Beccaria influyo las legislaciones penales de la época, aboliéndose la pena de muerte en algunas, adecuando las penas a los delitos y estableciendo penas menos severas. Muy cierto es que los iluministas y Beccaria denunciaron las injusticias de su época,

25 Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, México, PGR, Instituto de Capacitación, 1993, p. 19

manifestando su deseo de humanizar la justicia penal, pero en sus proposiciones no figura la pena privativa de libertad como el castigo por excelencia. Sin duda fue el pensamiento iluminista de liberalismo clásico inspiró a las legislaciones penales de la época para humanizar las penas, lo cual significó un gran avance en la justicia penal, pero la pena de prisión no fue propuesta de ellos.²⁶

La característica primordial de la pena privativa de libertad tiene que ver con el castigo y el sufrimiento corporal, con una función expiatoria y de retribución al mal que el individuo ha cometido. El maestro Serafín Ortiz nos muestra, mediante un puntual esbozo histórico, la concepción del castigo en las culturas antiguas:

El derecho a castigar en la antigüedad tenía un carácter teológico y por ende la justicia es siempre administrada por el rey, representante de la divinidad en la Tierra. Así lo establecían las leyes de las primeras sociedades humanas de Oriente. En China, el Emperador personificaba a la divinidad y sus leyes eran absolutas, las penas eran corporales, degradantes y feroces, podían dirigirse a cualquier objeto, incluso cadáveres. El Código de Manú en la India establecía penas cruentas y la responsabilidad era colectiva. El Código de Hammurabi de Babilonia revelaba cierto progreso en su concepción talional de la pena.

En Grecia, el pueblo más culto de la época antigua, la pena es definida como “una medicina del alma”, pero debe ser aplicada a través del dolor para lograr la corrección del individuo, y, en caso de delincuentes incorregibles, estos han de ser eliminados. Es notorio el fin expiatorio de la pena en el pueblo helénico.

Las XII Tablas, en Roma, seguían un criterio talional y emplearon como penas, la flagelación, con varas, azotes o bastones y la ruptura de miembros. En la República romana se aplicó la marca a los calumniadores y con Diocleciano la mutilación; muchas de las veces estas penas precedían a la pena de muerte. En el derecho germánico existieron las mutilaciones, la fustigación y el arrancamiento del cuero cabelludo.

Esta etapa se caracterizó por infringir un daño físico al individuo, un dolor vivo basado en la tortura que de muy variadas formas, tantas como el ingenio del hombre creaba, fueran eficientes para ocasionar el más grave castigo que implicara sufrimiento. Sería una lista muy larga si pretendiéramos enunciar todas las formas corporales de castigar utilizadas en la antigüedad, sólo podemos agregar que las penas más feroces y espantosas fueron puestas en práctica, siendo la base en todas las sociedades la pena de muerte. La ritualización del castigo ante la población sigue una tradición religiosa y ejemplarizante.²⁷

En la más alta Edad Media la reacción contra el delito era la venganza privada por la parte agraviada, que consideraba la agresión como una declaración de guerra y

²⁶Ibid. 17-19.

²⁷ Ibid. p. 27

el agresor tenía que enfrentar una contienda de sangre. Había otra forma de resolución del conflicto, era la imposición de una pena pecuniaria que debía ser pagada a la víctima o a sus allegados. Una asamblea de hombres libres efectuaba el juicio y obligaban al culpable al pago. La imposibilidad de pago de los delincuentes pobres los inducía a sufrir penas del tipo corporal. El clásico talión “ojo por ojo, diente por diente” orienta el sentido de la pena. Con el transcurso del tiempo la venganza privada adquirió un carácter público y entonces la administración de justicia se depositó en órganos estatales. El principal motivo que impulsó la transformación de la venganza privada a función pública radicaba en que la administración de justicia significaba una fuente de ingresos considerables, provenientes de las costas impuestas a quienes se encontraban sometidos a proceso.

La situación económica y social de la Edad Media se caracterizó por una gran pobreza de las mayorías y la riqueza de muy pocos, de acuerdo a los cánones establecidos por el modo feudal de producción, el señor feudal poseía una gran propiedad de tierra que le permitía la explotación de los campesinos; enorme diferenciación social entre terratenientes y siervos; un sistema de producción agrícola condicionando a la fertilidad de la tierra y a la benignidad del tiempo. Así también fue una época de grandes epidemias y mortandad por la peste, males que, sumados a la pobreza de los campesinos, los abrumó, y sin otras alternativas de supervivencia emigraron a las urbes. De este modo la emigración del campo a la ciudad formó conglomerados hambrientos, dando origen por primera vez a un significativo excedente de mano de obra, el cual fue aprovechado por los manufactureros de la época para reducir a niveles mínimos los salarios, agravando de este modo la pobreza de las clases trabajadoras.

En este esquema podemos ubicarnos para comprender de manera clara cómo en la baja Edad Media (siglo XV) todos esos miserables y desocupados, por su necesidad de subsistir, cometieron actos de bandidaje. Cambió el sentido de la cualidad de criminal, las consideraciones morales y sociales se entremezclaron, la condición del responsable del hecho era lo determinante, de tal modo que si pertenecía a las clases sociales inferiores era tratado rigurosamente. La pena pecuniaria es reservada para los ricos y las penas corporales se convierten en la forma punitiva de los pobres.²⁸

Es así, nos dice nuestro autor, que las penas corporales se incrementaron hasta convertirse en la forma de castigo por excelencia; asimismo, la pena de muerte se convirtió en medio de exterminación de los individuos que constituían un peligro para las creencias, para el orden y para la sociedad en su conjunto:

Es esta una época de barbarie punitiva, de crueldad casi inimaginable, de ningún respeto a la vida ni a la dignidad humana. En Alemania se aplicaron mutilaciones de manos, pies y dedos, se cortaban las orejas, se cortaba la lengua, se sacaban los ojos, se castraba, se azotaba y se

²⁸ *Ibíd.*, pp. 20-22

arrancaba la carne con tenazas candentes. En Francia se aplicaron penas similares, también se cortaba y taladraba la lengua y se marcaba con hierro candente. A un mismo sujeto podía torturársele de varias formas, el primer día se le introducía el brazo en agua hirviendo, al segundo se le cortaba, al tercero se le atenazaban las tetillas y así infinidad de castigos hasta el estrangulamiento o el descuartizamiento por caballos, o la guillotina. Los castigos eran públicos y ejemplarizantes, el ritual del suplicio debía desplegar su magnificencia ante los que concurrían a presenciar la ceremonia de la ejecución. El estado persigue con el castigo la población, pero no en un sentido utilitario de la prevención del delito, sino tendiente a disciplinamiento de la sociedad a través del terror estatal.

Los medios punitivos utilizados por el sistema penal en la baja Edad Media (siglo XV) demuestran que no existía escasez de mano de obra, y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo el valor de la vida humana; de allí el mantenimiento de sanciones punitivas corporales y desvalorización del hombre.²⁹

1.3.2 El surgimiento de la pena de prisión en el pensamiento clásico

Gracias al surgimiento de nuevos esquemas, producto del pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII, la humanización de las penas se vuelve una preocupación por quienes creen en la importancia de dar al ser humano un papel primordial en la nueva concepción de Estado, de libertad y de las leyes; se caracterizan por el surgimiento de un conjunto de ideas alrededor del concepto de dignidad de la persona y de cómo ésta constituye un límite al poder del soberano:

El Espíritu de las Leyes, de Montesquieu, publicado en 1748 es una base sólida en la construcción del moderno derecho penal, lega al saber jurídico: la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo; la colegiación de los jueces; la institución del Ministerio Público; la crítica al exceso inútil de las penas; la justa armonía de éstas con los delitos y la censura al absurdo de la tortura. Alguna influencia tuvo también el *Plan de legislación criminal*, de Marat, de 1779, que señalaba la fijación de penas justas: “Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. De aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que no procediendo de penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre”.³⁰

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Ramírez Delgado, Juan Manuel, “La pena”, en [Penología: estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. México, 2002, p. 32

En este punto, es necesario referirnos a uno de los principales pensadores en la historia del derecho penal, fundamental para entender la evolución de las penas y medidas de seguridad. Es Cesar Beccaria, quien con su clásica obra *De los Delitos y de las Penas*, con un profundo sentido humanista y liberal pone de manifiesto la necesidad de penas útiles para el interés general, no individual; de un estado que no infrinja males desproporcionados al ya cometido por quien delinque:

Es 1764 la fecha en la prisión del famoso libro *De los delitos y las Penas* del ilustre César Bonesana, Marqués de Beccaria, reformador del derecho penal. Su obra se divulgó rápidamente e inspiró las legislaciones de la época. “Aun cuando su obra era más política que científica influyó en las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo”. Así concibió la pena: “Para que una pena produzca su efecto, basta con que el mal de la pena exceda el bien que nace del delito.” Censuró la crueldad de las penas y la tortura, consideraba que las penas debían ser adecuadas al daño causado y sostuvo la abolición de la pena de muerte; el pensamiento de Beccaria no declina por la prisión como principal forma sanción penal, así se demuestra con el fin que otorgó a la pena “...el fin de las penas no es el de atormentar o afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido”. 31

La pena para Beccaria tiene carácter utilitario y su fin principal es lograr su aplicación para el bien común y la protección del interés general. Nunca sugirió que las penas debían atormentar el cuerpo del recluso y sólo admitió la prisión como sustituto a la pena de muerte, a la cual siempre se opuso. Asimismo, sostuvo que “el freno para la comisión de delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad”. De esta manera el derecho penal comienza su periodo humanitario.

Respecto a esta posición es preciso argumentar que el pensamiento humanista de liberalismo clásico de Beccaria, Montesquieu, Marat, Voltaire, Rousseau y Howard, influyó determinadamente en la reforma del derecho penal y en gran medida se debe a ellos la humanización de la justicia penal que, hasta esta época se caracteriza por ser una práctica punitiva de lágrimas y sangre. Sin duda que la abolición o limitación de la pena de muerte en las legislaciones contemporáneas se inspiró en esta filosofía humanista. Así, de esta forma, deben entenderse a la influencia iluminista como fundamental gestora de la suavización de las penas, lo que sin duda representaba un significativo avance en la justicia punitiva de la época. En este sentido es la opinión de Reyes Echandía cuando afirma que: “Los paulatinos avances de la humanidad en busca de la dignidad humana encontraron en el siglo XVIII terreno fértil para su consolidación; fue esa la época del iluminismo que marcó un hito en la

31 Ibid., p. 31

historia de la civilización...” “...la crueldad en el castigo fue cediendo el paso a la moderación”.³²

1.3.3 Definición de Pena

Nos señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que *pena* es un “Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”.³³ Esta definición nos proporciona algunos elementos de entendimiento general cuyo sentido es producto de las doctrinas que veremos a continuación.

Para poder definir la pena, es necesario recurrir a su origen o aparición en la historia de la humanidad y así en los albores de ésta, surge como una forma primitiva de castigar a quienes de alguna manera había causado algún daño a la tribu o grupo al que pertenecían. El objeto de ese castigo era desembarazarse del sujeto responsable que, con su conducta, había provocado el recelo del grupo, por ello la forma más común de castigar era la eliminación del sujeto, privándole de la vida o bien, desterrándolo. Es bastante claro, que el fundamento psicológico de este castigo es el de tomar venganza contra el ofensor.

En este sentido, el maestro don Manuel de Lardizábal señala en su doctrina que:

[...] en el estado natural no puede haber penas propiamente hablando, porque éstas suponen, como hemos dicho, superioridad, lo que no puede verificarse en el estado natural, por ser en él todos iguales; y aunque cada uno puede en este estado rechazar la fuerza con la fuerza, y perseguir a su enemigo hasta ponerle en disposición de que no le pueda dañar, quitándole también la vida, si para ello fuere necesario, ésta no es pena, sino una defensa, o venganza tomada por derecho de la guerra”. ³⁴

1.3.4 Principales teorías de la pena

1.3.4.1 Teoría absolutista o retributiva.

³² *Ibíd.*, pp. 37-41.

³³ Real Academia de la Lengua Española, *op. cit.* p. 65

³⁴ Ramírez Delgado, Juan Manuel, *Op. cit.*, pp. 34-35

Para las *teorías absolutas*, defendidas por la Escuela Clásica, que buscan la reafirmación del orden estatal u ordenamiento jurídico, el Derecho Penal es un instrumento al servicio del ideal de *justicia*. La pena cumpliría con la función de "retribuir" el daño o lesión cometida culposamente. Se busca legitimar un derecho penal, es decir, al conjunto de normas que imponen las penas, produciendo un mal en el autor del delito, es decir, reproduciéndolo en quien originó el mal. Se pretende "pagar un mal por medio de otro mal" por el hecho de haber usado indebidamente la libertad individual, en cuyo caso, el mal sería proporcional a los valores que se expresan social y políticamente en la comunidad. Así lo refiere el maestro Jorge Vicente Paladines:

Las teorías absolutas o retributivas (de represión) de la pena encuentran en Kant -fundamento ético- y en Hegel -fundamento *jurídico*- a sus principales defensores. El mismo Hegel construyó la *dialéctica de la pena*, al esgrimir que si el delito es la negación del derecho, la pena sería la negación del delito, es decir, la reafirmación de la norma. En palabras de Welzel esto sería como "*la retribución justa de la infracción culpable del derecho*". La justicia que pretende el Estado se verifica a través de la construcción de juridicidad en la comunidad, incluso en el espacio privado, como parte del fundamento ético-social que debe regir en los individuos por medio del respeto a los valores inyectados normativamente. 35

Para el maestro Carrara la pena es un mal que, de conformidad con las leyes del Estado, los jueces infligen a aquellos que son considerados como culpables de un delito. Asimismo, considera a la pena como una emanación del puro derecho, de donde resulta que no puede tener sus criterios infalibles que regulan su calidad y cantidad proporcionalmente al daño sufrido por el derecho o al peligro corrido por el mismo. Carrara procura establecer una proporción matemática entre el delito y la pena, en su teoría de la calidad, cantidad y grado de las penas. La pena es la moneda con que se paga el delito, es un cambio de valores, con un criterio de proporción matemática.³⁶

Como la yo hemos referido, la Escuela Clásica es una consecuencia de la obra de Beccaria pues es quien estimula el nacimiento de un sistema penal científico, en plena armonía con las reivindicaciones de los derechos del hombre, restableciendo así su dignidad de ser humano, a fin de contrarrestar los excesos de la justicia primitiva que venía imperando desde la antigüedad y subsistía aún durante la Edad Media.

El principal exponente de esta escuela, Francisco Carrara señalaba como principales postulados de la misma: la razón y los límites del Derecho de castigar por parte del Estado, la reivindicación de las garantías para el individuo sujeto a proceso penal y la oposición a la barbarie de las penas con que se castigaba al delincuente. Concretando en este aspecto, la

35 Paladines Rodríguez, Jorge Vicente, Ejecución Penal y Derechos Humanos, Una mirada crítica a la privación de la libertad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador 2008, p. 170

36 Sánchez Galindo, Antonio (coord.), *Antología del derecho penitenciario y ejecución penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2001, p. 155.

pena se basa en el libre albedrío y el fin es la retribución del mal por mal, la expiación y el castigo para quien comete el delito.³⁷

La escuela clásica consideró el delito como un ente jurídico, éste fue el concepto fundamental que orientó sus elaboraciones documentarias. Para ella, la pena sólo era la consecuencia de un delito, de ahí que los autores clásicos descuidaran en sus estudios una cuestión tan importante como lo es la individualización de la pena de acuerdo con la personalidad del delincuente, a quien aquellos trataban como una mera abstracción.

1.3.4.2 Teorías relativas.

Las *teorías relativas* también llamadas “de protección”, sostenidas por el Escuela Positiva, pretenden afianzar, en cambio, un Derecho Penal en virtud de la *utilidad*, ya que comienza a aparecer la idea de *prevención*, es decir, del establecimiento de una preocupación social sobre las consecuencias del delito a futuro. Se va conformando una teoría que construye en el derecho la función de utilidad social de la pena. De esta forma, se presentan algunas variables, aglomeradas positiva o negativamente, en las categorías preventivas generales o especiales, que se presentan a continuación:

- Prevención
- a) *General positiva*: Obediencia social del derecho
 - b) *General negativa*: Intimidación a la sociedad
 - c) *Especial positiva*: Resocialización del delincuente
 - d) *Especial negativa*: Neutralización del delincuente.

(a) La *prevención general positiva* observa en la lesión del derecho el daño a la generalidad de la comunidad. No importa el delincuente, sino la sociedad, en la que, en definitiva, repercute el mal ocasionado. El delito es el *daño social*, una vulneración al ordenamiento jurídico. Esta variable "preventiva" pretende construir una sociedad homogénea de individuos “normales” que respeten la ley. El método sería obtener un convicto educado³⁸, suavizado y homogenizado de conformidad al establecimiento social. Se busca en el “desviado” o “anormal” un encausamiento a imagen y semejanza de las normas establecidas en la sociedad.

b) La *prevención general negativa* también tiene su centro en lo social. No obstante, esta variable busca intimidar al des-asociado por medio del castigo. Se

37 Ramírez Delgado, Juan Manuel, *Op. cit.*, pp. 34-35.

38 Paladines Rodríguez, Jorge Vicente. Ejecución Penal y Derechos Humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad. p 171

trata de "ejemplarizarlo" mediante la amenaza de una pena, en cuyo castigo se escarmienta y advierte a los individuos en la sociedad acerca de la coerción de su posible desviación. Por ello, Pettit expresa que: "*los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier*".

c) La *prevención especial positiva* persigue la recomposición ética del reo. Se mira al condenado como un enfermo, en el que la pena actuaría como la medicina que asegure su potencial curación. Emerge la idea de "correccionalizar" al delincuente a través del método del *tratamiento*, es decir, de transformar la personalidad de quien quebrantó con su conducta la norma. En este sentido, Franz von Liszt sostenía que la pena podía servir, además de *corrección*, para *intimidación* e *inocuización* del delincuente. Se corregirá al delincuente capaz de corregirse; se intimidará al delincuente que no requiere corrección; y, finalmente, se inocuizará al delincuente que carece de capacidad de corrección, es decir, al delincuente habitual.

d) La *prevención especial negativa*, finalmente, pretende la neutralización o eliminación del delincuente. Busca aislar al reo de la comunidad, pues su sola presencia equivale el riesgo de contagiarla criminalmente. El ánimo de la comunidad sería anular al delincuente, como un ser al que se le niegan sus derechos por representar la descomposición o enfermedad social – el delito.³⁹

Ambas teorías – absolutas y relativas— comulgan en la ontología político-criminal de la mayoría de los Estados, en cuya ejecución penal se permite, a la vez, tanto la represión del individuo como la protección social por fuera del delincuente. De esta forma, Roxin elaboró una teoría complaciente con las teorías expresadas anteriormente —"unificación dialéctica"—, en la que la pena cumpliría una triple función: i) De prevención general, cuando la ley amenace con penas; ii) De retribución, cuando se aplique la ley penal; y, iii) De prevención especial o resocialización, cuando se ejecute las penas. La pena brindaría entonces el tratamiento al delincuente al percibirlo como una persona débil, pero sin dejar de considerarlo en su radio de libertad y responsabilidad, es decir, sin alejar el "juicio de reproche" en la imputación.⁴⁰

1.3.5 Otras definiciones.

A fin de aclarar el concepto de la *pena*, pasaremos una breve revista a las principales definiciones que sobre ella se han dado en la doctrina.

39 Paladines Rodríguez, Jorge Vicente. Ejecución Penal y Derechos Humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito Ecuador 2008. p .172

40 Ibid. p. 173

El reconocido jurista Pessina considera la pena como un sufrimiento que recae, por obra de la sociedad humana, sobre aquel que ha sido declarado autor de un delito, como único medio de reafirmar el derecho.

“La pena...no es un mal, sino un justo dolor por el injusto goce del delito”.⁴¹

Entiende Manzini⁴² que la pena se justifica por la necesidad de asegurar la obediencia de determinados preceptos con las más enérgicas sanciones de la justicia. Se garantiza con ella el mantenimiento del orden jurídico del Estado. La función penal es esencialmente social y la pena exclusivamente pública.

La pena -agrega- tiene un objeto preventivo y represivo, social e individual al mismo tiempo. Si las penas no existieran, los hombres de poca resistencia moral, que son la mayoría, delinquirían mientras que hoy, también la gran mayoría, se abstiene por un cálculo de conveniencia. Si la pena conminada no fuese aplicada a quien violó un precepto legal, la desconfianza acerca de la eficacia de la tutela del Estado se haría carne entre todos los ciudadanos con sus inconvenientes consecuencias.

El jurista francés George Vidal estima que la pena es un mal infligido a nombre de la sociedad y en ejecución de una condena judicial, al autor de un delito, porque es culpable y socialmente es responsable del mismo.⁴³

Según Cuello Calón, la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal. De esta noción desprende los siguientes caracteres de la pena:

- a) Es un sufrimiento que proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia: vida, libertad, propiedad, honor, etcétera.
- b) Es impuesta por el Estado. La pena es pública, la aplica el Estado para la conservación del orden jurídico o para restablecerlo cuando haya sido perturbado por el delito.
- c) Debe ser impuesta por los tribunales de justicia como consecuencia de un juicio penal.
- d) Debe ser personal, y tiene que recaer solamente sobre el penado, de modo que nadie pueda ser castigado por hechos de otros.
- e) Debe ser legal, es decir, establecida por la ley, y aplicada dentro de los límites por ella fijados, para un hecho previsto por ella como delito.⁴⁴

Para Liszt, dos son los caracteres esenciales que forman el concepto de la pena: es una lesión sufrida por el autor de un hecho delictuoso en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad o el honor del delincuente; y es, al mismo tiempo, una reprobación tangible del acto y del autor

⁴¹ Sánchez Galindo Antonio, *op. cit.*, p. 156.

⁴² *Ibid.* p. 156

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 157.

del mismo. En el primer carácter reside el efecto preventivo especial de la pena, y el segundo, el efecto preventivo general.⁴⁵

1.4 La naturaleza jurídica de la pena

La pena tiene una doble función: de prevención general y de prevención especial. La primera se ejerce sobre todos los componentes del conglomerado social en forma de coacción psicológica, en tanto que la pena implica la amenaza de sufrir un mal, que inhibe a muchos individuos de cometer hechos que son punibles ante la ley. La segunda se ejerce sobre el sujeto que ha delinquido mediante la aplicación de la pena que, por el sufrimiento que ella lleva implícito, determina la intimidación del agente y disminuye la posibilidad de que vuelva a cometer nuevos delitos.

Tanto la prevención general como la especial presuponen que la pena sea un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda pena significa una supresión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga sobre la vida. La libertad, el patrimonio o el honor del penado.

Sin embargo, el fundador de la escuela correccionalista, Augusto Röeder, ha afirmado que la pena no es un mal sino para quienes la consideran de un modo meramente exterior. El profesor Heidelberg concibe la pena como un bien para el delincuente, cuya injusta voluntad tiende a retomar.

También Dorado Montero considera la pena como un bien para el condenado, en cuanto debe consistir en un tratamiento, desprovisto de espíritu represivo y doloroso, encaminado solamente a la redacción del delincuente.

Asimismo doña Concepción de Arenal decía que la pena es un bien en sí, un bien para el individuo que por su estado de espíritu no está en condiciones de vivir en sociedad y un bien para la sociedad también, porque el individuo saldrá reformado. La esencia de la pena es que haga bien, que mejore al malhechor. Las penas privativas de la libertad no deben ser un sufrimiento, aunque puedan ser interpretadas así por el individuo que las cumple. La finalidad de la pena es perfeccionar al individuo, hacerlo mejor.

Cierto es que la moderna Penología establece que en la ejecución de las penas – principalmente en las privativas de la libertad– debe tratarse por todos los medios de lograr la reeducación del condenado, readaptándolo para la convivencia social y evitándole todo sufrimiento estéril. El propósito que inspira el tratamiento correccional del penado es evitar que al término del cumplimiento de la pena vuelva a incurrir en otros delitos, es decir, la prevención especial.

⁴⁵ *Ídem*.

Pero si la pena fuese un bien, como pretenden los correccionalistas, la doble función de prevención de la pena desaparecería, y ella lejos de ser un medio indispensable para luchar contra la delincuencia, dicen, serviría de premio para incitar a delinquir a los débiles de espíritu.

Por eso la pena debe tener un carácter aflictivo, o sea, que debe significar un verdadero sufrimiento para el condenado a quien se aplica, sin perjuicio de que la ejecución de aquella –no dejando de ser un castigo para la delincuente – se oriente en el sentido de obtener la reforma del penado.

a) Fundamento

Múltiples son las teorías que se han elaborado en la doctrina para fundamentar la legitimidad del *ius puniendi* o derecho de reprimir.

El estudio de este problema incumbe, en realidad, a la filosofía jurídica y no al Derecho Penal. Nosotros nos limitaremos a señalar los distintos grupos que han sido clasificadas estas teorías, sin avocarnos al análisis de cada una de ellas, no porque abominemos de la Filosofía a la manera de Manzini, sino porque nos hemos propuesto realizar un trabajo de índole dogmático-penal y no jusfilosófico.

Las teorías sobre el fundamento del derecho de reprimir han sido clasificadas en tres grupos: absolutas, relativas y mixtas.

Las teorías absolutas fundan la pena en su naturaleza íntima, con prescindencia de toda consideración utilitaria. La pena no es sino la consecuencia necesaria del delito y es justa en sí, al margen de la utilidad que de ella pueda derivarse. Responden estas doctrinas al concepto de justicia, de retribución del mal por el mal. La pena se funda, pues, en el delito cometido, el cual es un antecedente necesario.⁴⁶

En cambio, las teorías relativas atribuyen a la pena un fin independiente de su propia naturaleza. Busca su fundamento en consideraciones utilitarias. La pena es, de acuerdo con estas doctrinas, un medio para asegurar la tranquilidad social, o la defensa de la sociedad contra los ataques de los delincuentes.

Por último, las teorías mixtas tratan de conciliar los dos puntos de vista divergentes de las teorías absolutas y relativas: la justicia absoluta, según aquellas, es el fundamento de la pena, pero ésta persigue fines utilitarios.

La pena constituye un instrumento indispensable con que cuenta la sociedad en su lucha contra la delincuencia. Su eficacia es indiscutible. Lo demuestra la existencia de la penalidad a través de todos los estadios porque han atravesado la humanidad sin distinción de épocas, países o razas.

A pesar de ello, no falta quienes sostienen que la pena es un medio ineficaz para evitar la criminalidad basándose en que la delincuencia siempre ha existido y seguirá existiendo, al margen de la represión estatal. Señalan el fenómeno, que se advierte a través de las estadísticas criminales, de que el número de delitos cometidos no sufre alteraciones sensibles al producirse modificaciones

⁴⁶ *Ibid.*, p. 160.

fundamentales en la penalidad, ya sea aumentando o disminuyendo la gravedad de las penas. De ahí derivan la necesidad de buscar otros medios más eficaces para combatir con éxito la delincuencia. Se ha dicho, pues, que la penalidad se encuentra en crisis.

Los famosos sustitutivos penales, que Enrique Ferri expuso en su *Sociología criminal*, no son sino una expresión de esa necesidad de buscar otros medios más idóneos para lograr una disminución de la criminalidad, mediante una serie de reformas económicas, sociales, jurídicas y políticas.

Pero, no obstante que las penas no han logrado suprimir el delito, su existencia se justifica, puesto que constituye –como lo ha afirmado Quetelec– una especie de dique contra la delincuencia, que si bien no detiene el cauce normal de las aguas, nos preserva del aluvión. En efecto, la represión de los delitos no impide que se sigan cometiendo hechos de la misma naturaleza, pero preserva a la sociedad de la ola de crímenes que le arrasaría si se supliesen las penas.

b) Clasificaciones

Toda pena importa para el condenado una supresión o restricción de los bienes, jurídicos de que goza. Ahora bien, teniendo en cuenta los distintos bienes jurídicos que afectan las diferentes penas, éstas pueden clasificarse en diversas categorías: capitales, privativas y restrictivas de la libertad, corporales, pecuniarias, infamantes y privativas de ciertos derechos.

La pena capital consiste en quitar al hombre del bien jurídico apreciado por excelencia: la vida. Importa eliminación definitiva del condenado del medio social dándole muerte. Esta pena se prodigaba en la antigüedad, aún para los delitos de escasa entidad. El progreso de la civilización ha ido restringiendo su aplicación a los delitos más graves y muchos son los países que la han suprimido en sus legislaciones.

Las penas privativas de la libertad, como su nombre lo indica, privan a nombre de su libertad ambulatoria, recluyéndole en un establecimiento carcelario, en que se lo somete a un tratamiento penitenciario.

Es necesario no confundir las penas privativas de la libertad con las restrictivas de la libertad. Ambas afectan el mismo bien jurídico, pero mientras que en las primeras la libertad del condenado se restringe al máximo sometiéndolo a un régimen de disciplina y de trabajo determinado, en las segundas el condenado conserva su libertad personal, que sólo sufre diversas restricciones, como ser la prohibición de frecuentar algunos sitios, la obligación de residir en cierto lugar o de someterse a la vigilancia de la autoridad, etcétera.

Las penas corporales son aquellas que afectan la integridad física del condenado. Se incluyen en esta categoría las mutilaciones, los azotes, la castración y la esterilización de los criminales. Las penas mutilantes, que se aplicaban en la antigüedad en los casos en que no se imponía la pena de muerte, se hallan prácticamente suprimidas en nuestros días. Subsiste aún, en algunos países, la pena de azotes, no sólo como sanción para ciertos delitos, sino también como

medio para mantener la disciplina en los establecimientos carcelarios. La castración y esterilización de criminales se aplica en algunos estados de Norteamérica, más bien con fines eugenésicos que como verdadera pena, a los individuos con taras físicas o psíquicas.

Las penas pecuniarias son las que lesionan el patrimonio del penado. Pertenecen a esta categoría la confiscación de bienes, la multa y el comiso. La confiscación implica la privación al condenado de todos sus bienes patrimoniales, en cambio la multa y el comiso sólo significaban, generalmente, una disminución de su patrimonio.

Las penas infamantes son aquellas que afectan el honor del condenado. Esta clase de penas tiende a suprimirse en las modernas legislaciones.

Entre las penas que importan la privación de ciertos derechos – sin afectar la vida, ni la libertad, ni el patrimonio, ni el dolor del condenado – se encuentran la inhabilitación absoluta y especial.

Bajo otro punto de vista, las penas pueden clasificarse en principales y accesorias. La diferencia entre estas dos especies de penas consiste en que las primeras pueden imponerse solas, mientras que la aplicación de las segundas está condicionada a la imposición de una pena principal. La pena principal puede aplicarse sola, en cambio la accesoria se impone únicamente asociada a una principal.

Las llamadas penas conjuntas son aquellas que rigen en los casos en que la ley determina que, para un mismo delito, deben aplicarse simultáneamente dos o más penas, que aparecen generalmente en el texto legal unidas por la conjunción “y”. Estas penas no pueden aplicarse separadamente sino que deben imponerse simultáneamente.

Las penas se clasifican también en flexibles y rígidas, según dejen o no al árbitro judicial cierta amplitud para graduar la sanción. Las penas flexibles fijan un máximo y un mínimo, dentro del cual el juez determina la sanción aplicable según las circunstancias y características del delito ya la peligrosidad del delincuente. Las penas rígidas son aquellas que señalan un castigo fijo para un determinado delito, anulando, por consiguiente, la posibilidad de una individualización judicial de la sanción.

Las ventajas que ofrecen las sanciones flexibles son indiscutibles y han sido adoptadas por casi todas las legislaciones modernas. Las penas que permiten dar al árbitro judicial mayor amplitud son las privativas de la libertad y las pecuniarias, pues se las puede graduar mejor que en ninguna otra a la gravedad del hecho y a las condiciones de su autor, dando mayor o menor duración a las primeras o aumentando o disminuyendo el monto de las segundas.

Una variedad del sistema de las sanciones flexibles la constituyen las penas paralelas y alternativas. El paralelismo consiste en fijar en la ley dos o más penas de la misma naturaleza, en forma alternativa para cada delito. Se deja así que el juez elija libremente la sanción a aplicar, dentro de las que se determinan en el

texto legal. La alternatividad crea una situación análoga pero no idéntica. En este caso la ley fija dos o más sanciones, también en forma alternativa, pero de distinta naturaleza, dejando a los magistrados judiciales la elección de la pena aplicable.

1.5 La legitimación punitiva del Estado: el *ius puniendi*

Para abordar este tema es necesario tener en cuenta el problema fundamental planteado en la presente investigación. Esto es, el sentido progresista y la tendencia a la humanización de las penas, mediante reformas al sistema penal y penitenciario, que hagan posible una nueva legitimación del poder de castigo que tiene el Estado.

El respeto a los Derechos Humanos es la condición necesaria para que en la actualidad podamos hablar del *ius puniendi* del Estado. Pero veamos un breve repaso de las diferentes épocas del derecho penal, cuya legitimación ha sido cambiante de acuerdo con el contexto histórico, social y político.

Para hablar de los antecedentes del *ius puniendi*, es necesario hablar de la historia del propio estado, pues el concepto mismo supone la existencia de una autoridad para aplicarlo. Es necesario entender de forma general, el proceso histórico que ha seguido la aplicación de las penas; pues el origen del derecho de castigar, se encuentra en la concepción que se tenga de Estado.

Claus Roxin, en su trabajo denominado “Sentido y Límites de la Pena Estatal”, señala lo siguiente:

La pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea en todas sus épocas. En efecto, no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto 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 qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados al Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? 47

Es ésta una interrogación 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, constitucional y social del presente respectivo nos exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados. El célebre Beccaria decía: “Consultemos al corazón humano y en él hallaremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano para penar los delitos”.48

47 Ramírez Delgado, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 33.

48 Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Edición bilingüe, Madrid, 2011, p. 67

Éste es un breve recorrido por la historia del *ius puniendi*, que nos presenta el maestro Serafín Ortiz:

El Estado moderno tiene sus orígenes en el siglo XVI, es en la época del feudalismo donde surge el Estado absolutista que es precisamente el Estado originario. El concepto de Estado “apareció en la lengua francesa en la época del absolutismo, esto es, hacia el siglo XVI y sería de uso generalizado desde el siglo XVII”. Ese prolongado periodo del feudalismo, cuyas características particulares se presentan en casi todas las sociedades del mundo, resulta difícil delimitarlo pues, ya en algunos países como Inglaterra se prolongó hasta el siglo XVII, en Francia hasta el siglo XVIII y se asegura que en Rusia hasta el siglo XIX. Algunos autores afirman que el Estado absoluto sólo fue un Estado de transición que permitió el desarrollo de la burguesía y la gran acumulación de capital para dar origen al Estado liberal de derecho.

En efecto, Poulantzas considera al Estado absolutista como un Estado de transición del feudalismo al capitalismo, sin embargo este periodo de transición, no se produjo bruscamente sino como una articulación compleja de elementos de ambos modos de producción en un desplazamiento continuo, casi imperceptible, el que de un modo de producción predominó. No es correcto hacer un marco histórico, tomando como referencia la Revolución Francesa, para señalar la transición del Estado feudal al Estado capitalista, pues es, precisamente, el surgimiento del Estado absolutista el que marca esta transición. Frecuentemente se afirma que la clase burguesa primero tuvo el dominio económico y después —al triunfo de la Revolución Francesa— se instauraría como clase dominante con la institución del Estado burgués, lo cual no es exacto, ya que se estaría considerando al Estado absolutista como una prolongación de Estado feudal. Lo cierto es que ya el Estado absolutista presentaba características importantes del tipo capitalista, aun cuando la burguesía no es todavía una clase políticamente dominante, lo cual indica la diferencia del modo feudal de producción. Es en esta fase donde se sitúan los antagonismos entre la nobleza y la burguesía por alcanzar la hegemonía estatal.

El surgimiento del Estado absolutista varía según las peculiaridades de cada nación, dependiendo de la duración del feudalismo; no obstante se puede fijar su nacimiento a mediados del siglo XV y se extiende hasta el siglo XVIII, la época de su consolidación.

Desde este particular enfoque que venimos realizando del derecho a castigar como facultad punitiva inherente al Estado, es necesario analizar la evolución y desarrollo histórico del Estado y su directa relación con la pena, entendida ésta como uno de los principales instrumentos de poder

estatal para imponer el orden jurídico que mantener el control social por medio de la coacción.⁴⁹

Ahora bien, señalaremos el origen del derecho a castigar en el Estado absolutista, el cual se caracteriza por el hecho de que el titular del poder, el monarca, concentra en sus manos un poder incontrolable por las instituciones y cuyo ejercicio es restringido por ninguna ley limitativa, ya sea esta ley de orden positivo o de orden natural-divino. En este sentido, podemos resaltar como característica fundamental del Estado absolutista la de representar la unidad política de un poder centralizado en manos de un monarca sobre una nación. Así lo expone nuestro autor:

En el monarca se habían reunido todos los poderes, ya que como es sabido el rey era representante de Dios en la Tierra, lo cual le confería un poder ilimitado, sin embargo era necesario adecuar a ese tipo de Estado un nuevo orden político, económico y social. Escucharemos lo que a este respecto dice Bustos Ramírez: “Es el Estado absoluto el que permitirá el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y, consecuentemente, la necesaria gran acumulación de capital. Es éste el Estado el que permitió, por una parte, la acumulación y, por otra, también la legitimación. La centralización permitía unir soberano con Dios, y a través de ello soberano con moral, derecho y justicia. Esta estructura vertical trascendental, de dependencia persona centralizada, permitió legitimar el orden social organizado vigente”.

De esta forma, es entenderse que todas las atribuciones del monarca le vienen dadas por la voluntad de Dios, creador del hombre y del universo, es decir la atribución del poder penas provendría de la realeza misma la sociedad humana, de un derecho natural. En este derecho supra-legal es donde encuentra su fundamento el derecho a castigar del Estado absoluto y su frente de legitimidad parece ser la Epístola de San Pablo a los romanos en donde se establece que: “Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino por Dios...” “Porque los magistrados no son de temer para los que obran bien, sino para los que obran mal”. “Es preciso someterse no sólo por temor al castigo, sino por la conciencia”. “...es que se rebela contra las autoridades, se pone en contra del orden establecido por Dios...”

Si en efecto, la relación del órgano estatal para con el individuo es una dependencia personal absoluta, el sujeto está subordinado al poder absoluto del soberano. Por tal razón un pretendido derecho de castigar inherente al Estado no sólo es concebible en un Estado absolutista, desde hace muchísimo tiempo ya superado por la sociedad humana y no en un esquema del Estado moderno. A efecto de reafirmar esta posición hacemos nuestra la expresión Novoa Monreal: “un derecho a castigar encuentra acogida únicamente en Estados organizados conforme a ideas filosóficas y políticas ya superadas”.

49 Ortiz, Serafín, *op. cit.*, pp. 64-65.

Desde luego en el Estado absolutista de origen divino, el soberano era representante de Dios y todo delito era una expresión de rebeldía al monarca y a la divinidad por lo tanto debía infligirse una pena de carácter expiacionista cuyo fin era la purificación a través del castigo al cuerpo. Llegado a este punto hay que subrayar la idea que se tenía de la identidad soberano-Estado, entre Estado-religión, entre delito-pecado y pena-castigo.

...el Estado absoluto tuvo una prolongada duración que podemos fijar desde el siglo XV hasta mediados del siglo XVII, en cuya época tuvo consolidación, sin perder de vista la subsistencia en algunos países hasta el siglo XVII y XIX. En esta larga historia se gestó embrionariamente el modo capitalista de producción; es la época del mercantilismo, de la aparición de la burguesía, etc. Pues bien...la pena se instrumentó como medio de explotación y su función se dirigió a castigar a los delincuentes, vagabundos y miserables con trabajo, para alcanzar los objetivos del floreciente capitalismo. En este sentido es de afirmarse que, el derecho a castigar del Estado absoluto y la consecuente ejecución de las penas tuvo como finalidad auspiciar la acumulación de capital. 50

Como producto del pensamiento liberal, en el Estado moderno se concibe la pena privativa de libertad como un medio de protección social. Así pues, el Estado liberal de derecho o Estado guardián, en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales, se arroga el derecho de castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social.

El Estado liberal de derecho. El Estado ya no puede ser ligado al soberano ni a Dios, la humanidad entra en un periodo de laicización, las condiciones socioeconómicas varían y el hombre comienza la lucha en defensa de sus derechos, igualdad y libertad.

Dos fenómenos acaecidos a mediados del siglo XVIII, marcaron una transformación socioeconómica, política y cultural irreversible para la sociedad humana: El industrialismo y el iluminismo... Así la fuente de legitimación más adecuada fue el contrato social, que suponía un acuerdo entre iguales, "El Estado se legitima en tanto que Estado guardián, es decir, su control tiene que ser ejercido precisamente para que funcione el contrato social"[...]

En este estado de cosas surge la concepción del contractualismo, cuya ideología sirve de fundamento al derecho a castigar ya que en lo sucesivo se castiga en nombre y para la conservación del contrato social.⁵¹

El contractualismo sustentado por Rousseau parte de la idea de que la sociedad debe constituirse en una comunidad política en la que todos actúen como iguales y donde la participación de los individuos sea directa. El problema a resolver por

50 *Ibíd.*, pp. 66-69

51 *Ibíd.*, p. 70

el contrato social sería “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, respecto de toda la fuerza común, a la persona y a los bienes de cada asociado y en virtud de la cual cada uno, al unirse con todos, no obedece, sin embargo, sino a sí mismo y sigue siendo tan libre como antes”.

De modo que a través de esta ficción del contrato social el individuo entra en sociedad, “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y todos nosotros recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo”.

En virtud de esta ideología contractualista, la voluntad general del pueblo deposita en el Estado la facultad de ejecutar las leyes y mantener la libertad de los individuos. Surge así el Estado liberal de derecho como expresión soberana del pueblo. “La ciencia jurídica moderna nace cuando se completa y se institucionaliza la distinción entre derecho y moral, pero fundamentalmente, de la separación entre política y teología, y la fundación, esencialmente moderna, de la concepción mundana del Estado basado en la soberanía popular”. Este es pues, el nacimiento del Estado jurídico o Estado de derecho.

Llegado a este punto es conveniente precisar que: El Estado liberal de derecho se presenta ya no como investido por la gracia de Dios sino por la voluntad general del pueblo, por eso Rousseau, desarrollando una idea de Grocio (“existen derechos aun cuando Dios no existiese”) dijo: “un pueblo es pueblo antes de que se dé un rey”. Es decir, la suma de los derechos y voluntades particulares constituyen la soberanía del pueblo que es delegada al Estado. De esta forma el hombre es considerado siempre como miembro de la comunidad y partícipe de la soberanía.

Bajo esta concepción de Estado se presenta al derecho positivo *-jus positum-* como el conjunto de normas jurídicas creadas y sancionadas por el órgano estatal, revestidas de coerción y sustentadas en el principio de legalidad. Desde este momento es el derecho positivo, creación del Estado y no divina, el ordenamiento idóneo para garantizar los derechos del ciudadano.⁵²

Es por esta razón que la pena ya no puede ser entendida como expiación, porque ya no existe la identificación de religión-Estado, moral-derecho, delito-pecado, ésta ha de ser remplazada por la retribución, es decir, se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito, que, desde luego atenta contra el orden jurídico establecido por el contrato social.

Desde esta imposición retribucionista se tiene una concepción absolutista de la pena, con ella se pretende la realización de la justicia, escuchemos una famosa expresión kantiana: “Aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino”, para que no se lesione la justicia. Esta postura del retribucionismo se fundamentó en el concepto de culpabilidad del sujeto ya que se tiene una

52 *Ibíd.*, p.69- 72

concepción antropológica de libre albedrismo. Por su parte, Kant erigió su teoría concibiendo al hombre como un fin en sí mismo y no como medio para alcanzar fines ulteriores.

De cierto es que este estadio del Estado significó la consolidación del Estado burgués, por lo cual el castigo (la pena) se aplicó para coadyuvar a alcanzar los objetivos capitalistas. No hay que olvidar que es en esta etapa donde se institucionaliza la pena privativa de libertad (la prisión), instrumento idóneo para imponer el castigo de acuerdo a la ideología imperante, es decir, la pena debía expresar un valor de cambio en el mercado. Así la pena privativa de libertad se podía medir en tiempo, se podía cuantificar y por lo tanto la privación de un “*quantum* de libertad” era el modo idóneo de castigo, compatible con la idea retributiva.⁵³

Hasta aquí hemos podido demostrar cómo en cada uno de los modelos de Estado estudiado, el derecho a castigar tiene una fundamentación filosófico política y, con base en esa ideología se le otorgan determinados fines y funciones a la pena, por esa razón Mir Puig confirma que la función de la pena depende de la función que se atribuya al Estado. Sin embargo no podemos dejar de lado que, desde una perspectiva socioeconómica, sin que esto implique plegarnos hacia un reduccionismo económico, la pena (instrumento éste de aplicación del derecho de castigar) ha cumplido funciones distintas a las atribuidas en la realidad social.

Ahora bien, abordemos el *ius puniendi* en un Estado contemporáneo, democrático de derecho. Nuestro primordial interés en el presente capítulo es efectuar el estudio de la pena (en este caso el derecho a castigar), sus fines y funciones en un régimen democrático que constitucionalmente así lo establece. A la luz de los principios democráticos en materia penal (legalidad, culpabilidad y legitimidad) y de nuestra percepción de la realidad social, económica, política y cultural; analizaremos lo que realmente acontece en el sistema penal. Veamos lo que a continuación nos refiere el maestro Mir Puig:

El asunto del derecho a castigar en el Estado democrático dice Mir Puig: “El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático debe respetar las garantías propias del Estado de derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad”. Este principio tiene su fundamento en el apotegma universal *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, que consagra tanto la legitimidad formal referida a los delitos y penas establecidas por una ley anterior al hecho, como la material, es decir, la exigencia de que las penas sean ciertas y determinadas. En torno a este principio giran el de culpabilidad que sólo admite la pena cuando un hecho se haya cometido culpablemente; el principio de proporcionalidad entre el hecho punible y la reacción estatal; el principio de humanidad que impide la utilización de medios represivos inhumanos como la tortura o la pena de muerte; el principio de fragmentariedad garantizador de que el Derecho penal sólo debe proteger los ataques más graves a los bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social; y, finalmente el

⁵³ *Ibíd.*, pp. 74-75.

principio de legitimidad que debe interpretarse de la siguiente manera: “El derecho penal se justifica si y sólo si protege bienes jurídicos que interesan a toda la sociedad. 54

Como acertadamente sostiene Luis de la Barreda: “La democratización del derecho penal no puede entenderse sino refiriéndola a formas y mecanismos reguladores del poder político: las formas punitivas han de ser producto del libre debate de los diversos grupos sociales, y deben seguir escrupulosamente los principios liberales del *ius poenale*.”

Claro está que desde una perspectiva democrática la ley penal debe estar al servicio y protección de los intereses de todo ciudadano, y un derecho penal democrático no debe dirigirse a salvaguardar intereses minoritarios con base en diferencias económicas, sociales o políticas de la ciudadanía.

Así las cosas, cómo es posible justificar un derecho a castigar en una sociedad en donde sólo se castiga al pobre, al indio y al negro. Resulta contradictorio en un Estado democrático un derecho penal clasista. Así lo expresa la Dra. Aniyar cuando afirma: “Es evidente que acciones realizadas por los desfavorecidos son merecedoras de castigo, en tanto que acciones similares realizadas, no sólo por los poderosos, sino por las mismas instituciones, resultan toleradas cuando no ensalzadas”.55

De acuerdo con lo anterior, una idea que ha sido consecuente con la evolución del *ius puniendi* a la que nos hemos referido, considera que ningún derecho a castigar es compatible con el Estado moderno, pues el castigo sólo se concibe en modelos de Estados ya superados.

No siempre se ha examinado el derecho a castigar partiendo de la concepción de que éste sea un derecho inherente al Estado, muy por el contrario, se han elaborado severas críticas y teorías que niegan, no sólo la necesidad de la existencia de *ius puniendi*, sino que se cuestionan la existencia misma del Estado.

Escritores del Renacimiento han dejado testimonio, negando el derecho a castigar, cierto es que, la inspiración comunista de sus obras los lleva a negar no sólo a la pena sino al Estado. Es éste el sentido de la *Utopía* de Tomás Moro; de *La ciudad del sol* de Tomás Campanella; y de *La nueva Atlántida* de Francis Bacon. Son ellos los precursores del comunismo, para quienes el Estado y el derecho a castigar no debieran existir. Sin embargo, en una revisión de sus obras salta a la vista que en ambas “subsistía la pena con inusitada dureza”, así sostiene Jiménez de Asúa.

Desde el campo literario también ha sido impugnado el derecho a castigar, así lo revelan las obras de dos ilustres literatos de la modernidad: *Resurrección* de Leon Tolstoi y Crainquebille, *El Jardín de Epicuro* y otras en donde emanan las ideas penales del Premio Nobel

54 *Ibíd.*, p. 84.

55 *Ibíd.*, p. 87

(1921) Anatole France. Ambos negaron el derecho de imponer penas y fundaron la justicia en la piedad. Un apotegma de France sirve para ilustrar su pensamiento: “Los jueces no sondan las entrañas ni leen los corazones y así su más justa justicia es ruda y superficial”.

Empero, el más directo rechazo al poder coactivo estatal está dirigido desde la ideología anarquista, que sustenta la supresión del Estado, y junto con la desaparición del órgano estatal, obviamente, el derecho a castigar. Varias son las tendencias del anarquismo, pero todas estas teorías tienen en común pugnar por la desaparición del Estado, que vendría a ser el verdadero perturbador del equilibrio social.⁵⁶

Entre éstas y otras ideas, de un carácter ideológico anarquista o marxista, podemos hablar de quienes han sugerido la innecesaria existencia del Estado y, por lo tanto, del derecho de castigar. Un ejemplo lo encontramos en el pensamiento del jurista español Pedro Dorado Montera, quien plantea la proscripción del derecho penal y la creación, en su lugar de un derecho preventivo.

Para este autor el Estado no debe tener intervención en el tratamiento de los criminales pues entorpece la administración de justicia, que debería ser una función de pensamiento, higienización y profilaxia social. Así también deberían desaparecer los tribunales, los códigos penales, las prisiones, la policía y el procedimiento contradictorio. Dorado creyó en el tratamiento al delincuente como único fin de la pena.⁵⁷

Consideramos que este recorrido por las diversas ideas que han dado legitimación al Estado para ejercer el castigo sobre el individuo, nos sirve de base para comprender el hecho de que actualmente se esté proponiendo, como una tendencia civilizadora, reformar el sistema penal, con la finalidad de dotar de mejores herramientas a los individuos para hacer efectivos los derechos de los que son acreedores, y que la ley no se quede en su mera fase declarativa.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp.88- 89

⁵⁷ *Ibíd.* p. 90

Capítulo II

La Ejecución Penal

Las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales de delito. Estas cuentan con una relativa autonomía de aquellas relativas al proceso penal que determina, una sanción penal e instruyen la imposición de la misma.

Las penas persiguen, por tanto, fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución. En la fase de conminación legal, es decir, aquella en la que una ley se hace vigente y se vuelve una advertencia para la población, prevalece el fin preventivo general. Ya que la pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad.

Diferente es el caso, tratándose de la fase de determinación judicial de la pena, en la que conviven fines preventivos generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros, ya que se refiere a la individualización e imposición de una pena al infractor de la norma general y abstracta tipificada previamente en la ley; de ahí su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo generales.

En la fase de ejecución de la pena concurren, también, fines preventivo-generales y preventivo-especiales. Tal y como afirma el maestro Morillas Cueva, los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que vuelve a ratificar la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos.⁵⁸

Ciñéndonos a la última fase, estimamos que la ejecución de la pena debe satisfacer tres criterios complementarios que según el maestro Subijana Zunzunegui, son los siguientes:

- a) Abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como un medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario; constituiría el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;

58 I. Morillas Cueva, "Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, p. 42.

- b) Proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena; dotaría de contenido al paradigma de protección de las víctimas,
- c) Posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de responsabilización por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño y la implementación de alternativas de contenido rehabilitador; conferiría sentido al paradigma de reintegración comunitaria del victimario. 59

El propio maestro, nos refiere las características del sistema jurídico español, el cual establece principios cardinales de la ejecución penal pergeñados en la Constitución:

1. La tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas.
2. El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del condenado a una sanción penal que conlleve privación de libertad.
3. La finalidad resocializadora de las sanciones penales privativas de libertad y
4. El monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales.60

2.1 Importancia de la fase ejecutiva de las sanciones penales

La ejecución de las sanciones penales ha sido hasta hace poco tiempo una cuestión a la que los penalistas le daban poca trascendencia. En cambio, en la doctrina moderna se le ha dado el lugar que por su importancia merece, y ha sido objeto de estudio por diversas disciplinas de origen relativamente reciente. Ello se debe a que, con las nuevas finalidades que se asignan a la pena como la de reinserción social, recientemente adoptada por nuestro ordenamiento, la ejecución de la pena se convierte en una etapa primordial del proceso penal, importante para el cometido final que implica la pena de prisión que es la resocialización del delincuente.61

En efecto, diversos autores coinciden en lo indispensable que es, para el éxito de un sistema penal, contar con un buen régimen de ejecución de las sanciones, ya que de esto depende que la persona que ha violado las normas de convivencia social y se ha hecho acreedor a una condena, se convierta en el futuro en un delincuente habitual, con el consiguiente peligro para la comunidad, o en un ser socialmente reinserto mediante un acertado método de reeducación,

59 Ignacio José Subijana Zunzunegui, *El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad*.

60 Ignacio José Subijana Zunzunegui. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-11, p. en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf> . 12 de febrero de 2013

61 Ibid. P. 159.

convirtiéndolo en un individuo socialmente adaptable. De ahí la trascendental importancia que reviste el sistema de ejecución de las sanciones penales en la lucha contra la criminalidad.

El maestro francés Garraud decía al respecto, que el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho de castigar, y el fallo que lo termina no tiene su importancia y su función sino en el acto mismo de ejecución. La pena pronunciada no saca, en efecto, su valor real sino del sistema penitenciario, organizado para hacerla aplicar, padecer. La cuestión de la ejecución penal domina, pues, por su importancia a toda otra cuestión; ella es el punto de vista de la lucha contra el delito por los medios progresivos: el problema hacia el cual todo converge y al cual todo conduce.

Es más conducente para la defensa social, afirma José Peco, un código penal mediano con un buen régimen penitenciario que un código penal irreprochable con un régimen penitenciario malo. 62

El estudio, en forma sistemática de los distintos aspectos de la ejecución de las penas, se remonta a comienzos del siglo pasado. La obra del profesor alemán Julius, intitulada Lecciones Previstas sobre la ciencia penitenciaria, publicada en 1828, se menciona como el primer intento de sistematización de los principios constitutivos de esta nueva disciplina, juntamente con la obra de Charles Lucas, sobre los sistemas penitenciarios de Europa y Estados Unidos aparecida en el mismo año.

Se señalan como precursores, en el siglo XVI, a Bernardino de Sandoval, Cerdán de Tallada y Cristóbal de Chaves, en España; a Mabillon y De la Croix, en Francia, durante los siglos XVII y XVIII, respectivamente; y al obispo Crompton, en Gran Bretaña.⁶³

En el presente capítulo retomaremos la importancia de la fase ejecutiva de las penas, exclusivamente lo referente a la pena de prisión. Para poder conocer el papel que el juez de sanciones penales tendrá con su implementación, debemos hacer un breve recorrido por lo que ha sido la ejecución de las penas históricamente. Cabe decir, que es en esta fase ejecutiva en la que se pretende desarrollar un modelo de sistema penitenciario acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en esta tarea será de relevancia lo que logre hacer un juez de ejecución de sanciones.

De esta forma, un Estado preocupado por el combate a la delincuencia o por el perfeccionamiento del derecho punitivo, debería considerar el mejoramiento de su régimen de ejecución de sanciones, ya que de esto depende en gran medida, el cumplimiento de la finalidad prevista en la Constitución, la referente a la reinserción social; así como una efectiva aplicación del *derecho penitenciario readaptatorio*.

62 SANCHEZ Galindo, Antonio. Coord. Antología de Derecho Penitenciario. P169-170

63 *Ibíd.*, p. 171.

Asimismo, en el estudio de la ejecución de sanciones penales, nos podemos encontrar con fundamentos teóricos que toman al derecho de ejecución de sanciones penales, con una importancia incluso mayor a el derecho procesal penal, es decir, mayor a la contenida en la instrucción penal; lo cual nos demuestra la importancia que para algunos de los autores, reviste el derecho de castigar, así como la ejecución del mismo, pues la pena solo demuestra su valor real cuando pasa a su ejecución, contenida en el derecho penitenciario. Citando nuevamente al jurista Garraud, la cuestión de la ejecución penal domina, pues, por su importancia a toda otra cuestión; ella es el punto de vista de la lucha contra el delito por los medios progresivos; el problema hacia el cual todo converge y al cual todo conduce.

2.2 Los principios de la ejecución penal.

En la ejecución de las penas privativas de libertad, se manifiesta con mayor amplitud el poder sancionador del estado. Es en esta etapa en la que el individuo es más proclive a ser vulnerado en cuanto a sus derechos; es por eso que la ejecución de las penas debe regirse por ciertos principios, que doten de legitimidad a la actuación del estado en este proceso.

El jurista argentino Luis Raúl Guillamondegui, quién realizó sus estudios de Doctorado en Sevilla y es Profesor Universitario y Juez en la provincia argentina de Catamarca y que con la consulta de una abundante bibliográfica y su experiencia docente laboral, desarrolló la investigación relacionada con lo mencionado, ya que hace una primera división de los cuatro Principios o Normas Rectoras de la Ejecución Penal, que son aquellos a los que se considera las más importantes, el primero precisamente por su mayor importancia es el de Legalidad, el segundo es el de Resocialización, el tercero el de Judicialización de la Ejecución Penal y el cuarto el de Inmediación de la Ejecución Penal, de los cuales se derivan los diversos sub principios o consecuencias, de los cuales nos ocuparemos a continuación.

El autor en comento nos proporcionará una base teórica para la comprensión de estos principios ya que como él mismo comenta, su trabajo es una propuesta de una sistematización didáctica y comprensiva de los Principios Rectores de la Ejecución Penal, ofreciendo como bases estructurales cuatro postulados que consideramos relevantes y de los que se derivan una serie de sub-principios o consecuencias de aquellos.⁶⁴

La maestra Emma Bermauntz, nos hace un comentario al respecto:

He hecho referencia al trabajo de de Guillamondegui porque representa un esfuerzo muy cuidado de sistematizar los principios específicos

64 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 2

aplicables o que deben operar respecto a la ejecución penal para inclusive sistematizarlos de forma didáctica, lo cual ahora que se ha abierto la posibilidad de creación del Juez de vigilancia y ejecución penal, tanto en lo relativo a adultos detenidos o a menores infractores, resulta muy oportuno comentar sus puntos de vista en este aspecto. 65

El autor en comento menciona los Principios manejados por algunos otros autores, primero argentinos como “Cesano quién comenta el principio de democratización, de reserva y legalidad, de control jurisdiccional permanente, de respeto a la dignidad del interno y de no marginación”. También hace referencia a trea autores más, Salt, que escribe respecto a Principio generales de la humanidad o debido trato en prisión, de resocialización, de legalidad y de judicialización de la ejecución penal; dignidad humana, resocialización, personalidad de la pena y Edwards que expone además el de acuerdo régimen penitenciario y finalmente Haddad que distingue entre principios Jurídicos y Terapéuticos que se refieren al manejo del sentenciado y que incluyen los de voluntariedad del tratamiento de afrontamiento, de resolución de problemas y toma de decisiones, de cambio de estilo de vida, de formación y cambio de hábitos y de autoeficacia. 66

2.2.1 Principio de legalidad ejecutiva

Este principio se presenta como el esencial dentro de cualquier estado democrático y de derecho, ya que es producto y conquista histórica, desde la revolución francesa, que logra establecer límites precisos al poder sancionador del estado, así como dotar de herramientas al gobernado para exigir el cumplimiento de la norma. Como nos dice el propio autor:

Precisamente, este principio, que nace con el Estado de Derecho, fue fruto de un largo proceso que se cristaliza con la Revolución Francesa de 1789 a consecuencia del relevante influjo que significaron las ideas de la Ilustración, representando el principal límite impuesto contra el ejercicio de la potestad punitiva estatal e incluye una serie de garantías a sus habitantes que imposibilitan –en líneas generales- que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que la ley permite. Este principio tiene un doble fundamento, uno político, propio del Estado liberal de Derecho caracterizado por el imperio de la ley, y otro jurídico, resumido en el clásico aforismo de Feuerbach: “nullum crimen, nulla poena sine lege”, del cual se derivan una serie de garantías en el campo penal: la criminal, que establece la legalidad de los delitos; la penal, que establece la legalidad de las penas y medidas de seguridad; la jurisdiccional, que exige el respeto del debido proceso; y la ejecutiva, que asegura la ejecución de las penas y medidas de seguridad con arreglo a las normas legales. 67

65 BREMAUNTZ Mendoza, Emma. Criminogenesis. Año 3. Número 6. Febrero 2010. México D.F. p. 168-169

66 *Ibíd.*

67 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 3

Lo anterior lo podemos interpretar como que es la Ley la que debe regular de antemano las características cualitativas de la pena y la manera en que se va a desarrollar su ejecución.

En este sentido, nuestro autor reconoce la existencia de *sub-principios* derivados del principal, como son el sub-principio de humanidad, de reserva, de igualdad ante la ley y de progresividad del régimen penitenciario. De los cuales nos menciona lo siguiente:

El sub-principio de reserva... pone de manifiesto que el penado puede gozar de todos aquellos derechos que no se encuentren afectados por el ordenamiento jurídico o por la sentencia condenatoria, reafirmando así su condición de sujeto de derecho a pesar de la creencia popular en contrario... Sub-Principio de Humanidad pone de resalto la obligación erga omnes de respetar la dignidad humana del penado y promover una política penitenciaria humanista que tenga como centro de atención a la persona, a quien se le debe garantizar que la ejecución de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, estableciéndose la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características.

Sub-Principio de Igualdad ante la Ley... mediante el cual se prohíbe cualquier tipo de discriminación durante la ejecución de la pena por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia excepto de aquellas que resultaren a consecuencia del tratamiento penitenciario individualizado observado por el interno de acuerdo a sus condiciones personales.

Sub- Principio de Progresividad del Régimen Penitenciario... mediante el cual se establece que en pro de la reinserción social, el Estado deberá utilizar dentro del régimen penitenciario todos los medios necesarios y adecuados a dicha finalidad (entre ellos, el ofrecimiento al penado de un tratamiento interdisciplinario), y que dicho régimen se basará en la progresividad, esto es, que la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos, etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo a su evolución en el régimen (y en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido) y procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados en el principio de autodisciplina y, en su momento, su egreso anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos (salidas transitoria, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.).⁶⁸

Asimismo, el principio en cuestión conlleva a ciertas consecuencias jurídicas:

68 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 4

Como consecuencias del Principio de Legalidad Ejecutiva, considera las siguientes:

1. La irretroactividad de la ley salvo en el supuesto de la ley más benigna,
2. La vigencia de la ley como límite de la facultad reglamentaria de la Administración Penitenciaria, derivada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la específica de Catamarca, que considero de la mayor importancia ya que en las reformas penales más recientes en México, tanto a nivel constitucional como legal y reglamentario, se omite tomarlos en cuenta.

Según el autor, cualquier ambigüedad de las definiciones legales penitenciarias, y el exceso de aplicación reglamentaria constituye una amenaza a este principio de legalidad; ya que por medio de un reglamento puede darse el caso de que se “tipifiquen” algunas conductas y sancionarlas con medidas disciplinarias leves y medias.

La necesidad de establecer el control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria deriva del principio de legalidad, el cual constituye uno de los pilares básicos del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho, que abordaremos más adelante. De las cuatro dimensiones que encierra dicho principio, la criminal, la penal, la jurisdiccional y la ejecución, la realidad demuestra que las tres primeras han sido más o menos respetadas, pero no así en el caso de la ejecución, puesto que los jueces y tribunales, a partir de la imposición de la sentencia se desentendían del sujeto condenado, por quedar a cargo exclusivamente de la administración penitenciaria todo lo relativo a la ejecución de la pena, y en el caso, determinar su mayor o menor duración.

Según señala Bueno Arús: “La idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de la libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principios del actual, procede de 1925 cuando Maurice Wallès, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales, así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional, la cual aprobó, en 1929, la primera versión de un Conjunto de Reglas para Tratamiento de los Presos que, a su vez, desarrollaba criterios establecidos en los Congresos Penitenciarios Internacionales. Estas condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debe reunir el tratamiento de los reclusos”.⁶⁹

Posteriormente, en 1957 por resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, se aprobaron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las que establecieron en la regla 55 denominada Inspección, que: “Inspectores calificados y experimentales, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios.

69 RAMOS Herrera, Carlos Iván. Revista Jurídica. Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Abril-junio 2003. Año XII. Nueva Época NO. 26. p. 147

Velarán en particular por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios correccionales”.

También en el ámbito de la comunidad internacional, en el mismo año de 1957, dentro del Consejo de Europa se constituyó un Comité de Expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, el cual posteriormente se convirtió en Comisión Europea de Problemas Criminales, con el propósito de armonizar, entre las diversas legislaciones nacionales, aquellos sectores del derecho penal y penitenciario que fuesen susceptibles de una regulación regional, por lo que, finalmente, por recomendación de Comité de Ministros, se aprobaron las Reglas Penitenciarias Europeas dirigidas a los Estados Miembros con el fin de que adoptasen progresivamente su legislación y su práctica a los principios contenidos en su texto.

Precisamente una de las novedades más importantes de estas Reglas es la relativa a la regulación del control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria (Regla 56.2) destinada a asegurar el respeto de los derechos individuales de los reclusos y en particular, la legalidad de la ejecución de las penas. Este mecanismo de control debería ser ejercido por una autoridad judicial o cualquiera otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos, que no pertenezca a la administración penitenciaria.

De esta manera quedaba formalmente consagrado, en el contexto europeo, el sistema de control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria que sería adoptado por las legislaciones nacionales en los años posteriores.⁷⁰

2.2.1 El Principio de Resocialización.

El párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en armonía con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establece que *el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley*⁷¹, dicho lo cual, se refiere a los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales. Así lo refiere el maestro Guillamondegui:

70 RAMOS Herrera, Carlos Iván.Op. Cit. p 149

71 Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La palabra “reinserción” representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad, es favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad, lo que significa que los operadores penitenciarios deben iniciar con la condena un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso y procurar atenuar los efectos negativos de la pena, permitiendo que la interacción del interno en el establecimiento penal se asemeje lo más posible a la vida en libertad y, en la medida de la ubicación del penado dentro del régimen y tratamiento penitenciario, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad.

De las normas receptoras del Principio se trasluce que con la ejecución de la pena privativa de la libertad se persigue fines de prevención especial, postura asumida por la moderna doctrina penitenciaria que considera que el objetivo fundamental de la resocialización del penado se circunscribe a que este respete la ley penal y que se abstenga de cometer delitos en el futuro.⁷²

Es preciso mencionar que el “ideal resocializador” se vincula con la finalidad de la ejecución de las penas privativas de la libertad, ya que con la ejecución de las medidas de seguridad se persiguen otros objetivos vinculados con la rehabilitación, mientras que en las penas de multa e inhabilitación prevalecen aspectos retributivos.

Más allá del “ideal resocializador”, no podemos dejar pasar por inadvertido el inacabado debate acerca de si la prisión y el medio carcelario son los instrumentos aptos para alcanzar tal finalidad. Al respecto no hacen falta profundas investigaciones científicas para observar los daños que deja la cárcel en quien la vivió, por ello es que creemos que le corresponde al Estado, en primer lugar, arbitrar los medios para evitar la desocialización del condenado y luego ofrecer un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad que contenga medios y oportunidades que permitan su reinserción social dentro de un marco que respete su dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad.

...Así, compartimos la postura de que “Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir...” o cual fuere la modalidad de pena privativa de libertad impuesta, ya que “Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren”...

Más allá de las consideraciones precedentes, no podemos dejar de resaltar que el Principio de Resocialización va a servir como elemento de

72 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 4

interpretación del universo de normas que regulan la ejecución penal, y al respecto resulta ilustrativo lo expuesto por Mapelli Caffarena al señalar que: “La resocialización tiene en relación con la norma penitenciaria funciones similares a las que tiene el bien jurídico en relación con la norma penal. Si éste ofrece una concreción material al tipo penal y sirve como base de su estructura e interpretación, aquél es un instrumento para interpretar la norma penitenciaria”.⁷³

El Principio de Resocialización prevé como finalidad de la ejecución penal, lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, forma en la que se establecen los objetivos que ha de perseguir el Estado durante la ejecución penal y a los que deben orientarse las actividades fundamentales de los operadores penitenciarios y judiciales.

Este principio puede incluirse en todos los “re” con los cuales se ha buscado explicar las metas de la sanción penal, desde la rehabilitación, desechada en México por tener un perfil médico y además referirse expresamente a una medida legislativa que significa reintegrar la capacidad de ejercer algún derecho suspendido precisamente como sanción penal.

También se ha utilizado el término readaptación social, resocialización, reinserción social, reeducación y otros, todos ellos con la finalidad de precisar el cambio de actitud, de conducta de un delincuente de cualquier nivel, mediante un tratamiento, trato, educación, capacitación o trabajo educativo, para aprovechar el tiempo de la prisión o en su caso, para lograr ese cambio de actitud aún afuera de la prisión, que le permita al sentenciado reconocer sus errores y aprender a respetar los principios de la convivencia de los derechos de los demás.

Toda la terminología del “re” busca una locución simple para expresar la voluntad de no reincidir en la comisión de los delitos. Lo cual no queda claro con voluntad de no reincidir en la comisión de los delitos lo cual no queda claro con algunas expresiones sino van apoyadas con otras, como es el caso de la recientemente estrenada en México, con la Reforma Penal Constitucional de 2008, en la cual se habla de la “reinserción” sin aclarar que no se refiere al fin temporal de sentencia privativa de la libertad, copiando quizá la expresión del sistema español, omitiendo cuestiones fundamentales como la reeducación pero agregando algunas cuestiones que más se presentan a confusión que otra cosa, como la utilización de la “salud” o el “deporte” como instrumentos para la reinserción y omitiendo cuestiones de precisión en cuanto a lo que el

73 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 7

legislador quiso decir con reinserción, quedando las cosas confusas nuevamente. 74

La palabra “reinserción” implica utilizar el contacto activo recluso-comunidad para que la condena sea una reconstrucción de la relación entre el preso y los contactos sociales, para atenuar los efectos negativos de la cárcel como la prisionización o prisionalización, que implica acostumbrarse y sentirse mejor en la prisión que en el exterior, con lo cual la libertad ya no es algo anhelado y vale aclarar que este fenómeno se presenta no solo en los internos sino también en el personal penitenciario de todos los niveles.

En orden a la reinserción, debe aclararse que los que se está buscando con la estancia en la cárcel es que esta se asemeje lo más posible a la vida en libertad, para no desconectar al interno del grupo social, manteniendo lo más posible, el contacto con el medio libre y restablecido los vínculos con la sociedad, que operan como una verdadera prevención especial entendida como el fin principal de la moderna doctrina penitenciaria para la resocialización del sancionado, de modo que respete la ley y ya no cometa nuevos delitos en el futuro.75

En nuestra constitución, han sido tres los términos utilizados en lo respectivo. *Regeneración*, concepto utilizado desde 1917; *readaptación social*, concepto instituido con una reforma constitucional en 1965 y *la reinserción social o reintegración social*, términos adoptados como sinónimos en la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008.

La evolución de dichos conceptos obedecen a que la idea de delincuente o de delito se ha ido desligando de una arcaica concepción moral del sujeto y sus acciones; ideas propias del positivismo del siglo XX. Sin embargo, también tiene que ver la evolución de los derechos humanos y de las obligaciones que de estos se derivan para el estado, tales como el trato digno de todas las personas, incluyendo a los sentenciados por un delito. Se dio un paso adelante cuando dejó de usarse el término regeneración, con el que se consideraba al delincuente como un degenerado.

Así las cosas, el concepto de *readaptación social* constituyó un avance considerable, ya que el sentenciado dejó de ser *un degenerado*; no obstante, pasó a ser considerado un *inadaptado*, lo cual significó el cambio del sujeto infractor concebido como moralmente atrofiado, a otro visto como mental o psicológicamente desviado. En ambos casos, el *sujeto* del Derecho penal se convierte en *objeto* de un *tratamiento*.

74 BREMAUNTZ Mendoza, Emma. Criminogenesis. Año 3. Número 6. Febrero 2010. México D.F. p 171

75 BREMAUNTZ Mendoza, Emma. Criminogenesis. Año 3. Número 6. Febrero 2010. México D.F. p 172

La idea incluida recientemente en nuestra constitución, en la que se considera a la persona responsable como *desintegrada* o meramente *desinsertada de la sociedad* constituye un rompimiento con las categorías morales y psicológicas anteriores.

Con esta medida, igualmente se hizo énfasis en la consolidación de un *derecho penal de acto* sobre el *derecho penal de autor* en nuestro sistema jurídico para considerar al infractor como *sujeto* tanto para el Derecho penal sustantivo como para el procesal y el penitenciario. Al prescindir de la carga moral y no jurídica, el concepto de *reinserción social* ha de armonizarse con el *principio de presunción de normalidad* del infractor en el sentido de que las normas penales están dirigidas a personas cuerdas, *intimidables* con las normas penales, es decir, imputables.

El Derecho penal, en todas sus expresiones, no está dirigido a una categoría específica de individuos, sino a todas las personas, tomando en cuenta que el ser humano es capaz de realizar actos que afectan a otro individuo o a la sociedad entera.

2.2.2 Principio de Judicialización de la Ejecución Penal:

El principio que a continuación se expone constituye uno de los principales argumentos por los que se consideró necesaria la inclusión de la figura jurídica del Juez de Ejecución en diversas legislaciones a nivel internacional y ahora en el ordenamiento mexicano. Se refiere principalmente a que la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. Así lo menciona el jurista argentino:

El Principio significa que todas aquéllas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta (tipo de establecimiento en el que se alojará el interno o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico, aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo, obtención de derechos penitenciarios -salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, alternativas para situaciones especiales-, etc.) conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal. Se procura con el mismo una extensión del ámbito de actuación del derecho procesal penal a la etapa de ejecución de sentencias.

Así aparece la figura del Juez de Ejecución de Penas (o de Aplicación de Penas o de Vigilancia Penitenciaria), a consecuencia de recomendaciones de Congresos Internacionales y de su implementación en países europeos (Alemania, Italia, Francia, Portugal -aunque históricamente se reconoce que el primero en regularlo fue Brasil en

1924), asumiendo funciones que antes correspondían a la Administración Penitenciaria y a los Tribunales de Sentencia. 76

Como se puede observar, con este principio se reconoce a la ejecución de la sentencia como una etapa más del proceso penal mismo, con lo que se pretende que se respeten los derechos del imputado como sucede en las etapas del procedimiento de instrucción judicial, por medio de un Juez, y no dejarlo a la discrecionalidad que implica el otorgar esta facultad a un órgano administrativo como sucedía anteriormente a la reforma. Por esta razón Guillamondegui hace la siguiente recomendación:

En el ámbito judicial, se aconseja la conveniencia de que el control jurisdiccional de la ejecución penal lo efectúe un órgano especializado distinto del tribunal de mérito por diversas razones, desde la distribución de trabajo que implicará el alivio de tareas a los Tribunales de Sentencia hasta la cuestión psicológica que puede influir en la imparcialidad y objetividad del juzgador de sentencia con motivo del conocimiento del caso y de las características del autor (máxime en delitos aberrantes o de suma gravedad) y de esta manera menguarse derechos del condenado en pro de su reinserción social al resolver un incidente llevado a su consideración. 77

2.2.3 Principio de Inmediación de la Ejecución Penal:

El principio de inmediación está muy relacionado con el anteriormente descrito, ya que se refiere a la actividad resolutoria del Juez de ejecución y con el cual se pretende arribar a resoluciones más justas al evitar la intromisión de factores externos en la valoración que haga el Juez, como serían informes técnico-criminológicos no ajustados a la realidad o supuestos reglamentarios que pudieran vulnerar derechos penitenciarios y atentan contra el objetivo primero de las normas de la ejecución penal. Al respecto citamos lo siguiente:

La inmediación como principio propio del procedimiento penal, derivado del principio de oralidad, exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Tribunal de mérito ya que sólo así se podrá obtener un adecuado conocimiento en busca que las probanzas lleguen al ánimo del juzgador “sin sufrir alteración alguna por influjo que sea extraño a su naturaleza”, o sea que, los elementos de convicción lleguen directamente a espíritu del sujeto que ha de valorarlos, sin que se interpongan otras personas, porque éstas pueden tergiversar, falsificar, desdibujar consciente o inconscientemente la verdad, quitando o limitando la eficacia de tales elementos. 78

76 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Principios Rectores de la Ejecución Penal*. p. 8

77 Ibid. p. 9

78 Ibidem.

Lo anterior significa un derecho para aquella persona sometida a la justicia penal, ya que permitiría al Juez dictar sus fallos con un más amplio conocimiento de su situación; lo que por otra parte implica, que el Juez de Ejecución Penal debe tomar contacto directo con los penados y con los agentes penitenciarios, mediante visitas semanales al instituto penitenciario, conocer su expediente penal, su "estatus" criminológico, revisar si el procedimiento sancionatorio respeta las garantías procesales y constitucionales, revisar las evaluaciones de conducta y valorar la incidencia de las sanciones en las mismas, etc.; es decir, el Juez deberá realizar las actividades conducentes a conocer a fondo la persona, los operadores penitenciarios y el ámbito de interacción cotidiano a fin de arribar a una solución más equitativa y adecuada con la finalidad resocializadora.

Es razonable la interrelación existente entre estos cuatro principios, ya que cada uno se piensa en diferentes ámbitos de aplicación pero persiguen la misma finalidad que es procurar el respeto a la dignidad de la persona sentenciada.

En concreto, este principio de intermediación también tienen la función de ser factor coadyuvante en la llamada resocialización del individuo, que es una de las finalidades de la pena y considerada por algunos autores, como un derecho del sentenciado a la pena de prisión; ya que implica también una exigencia a los funcionarios penitenciarios, de tener conocimiento de y registro del interno en cuestión, visitarlo con asiduidad, así como escuchar sus peticiones en pos de una progresividad en el tratamiento y hacer realidad el fin último que significa la reinserción social .

También hay que tomar en cuenta las circunstancias que pudieran ser adversas a la operatividad de dicho principio, como lo serían principalmente, el excesivo número de penados a disposición del Juzgado de Ejecución Penal, pero principalmente la escasez de recursos materiales e infraestructura adecuada.

Lo anterior constituye una visión que han adoptado diversos países como el norteamericano, en donde se ha adoptado incluso el término de "Juez de readaptación", con actividades y funciones tutelares del individuo, en algunos casos terapéuticas, con un seguimiento puntual y exhaustivo de la evolución del sentenciado hacia su reinserción en la sociedad.

Los principios a los que nos hemos referido, deben abarcar aquellos ámbitos de gobierno donde se tengan facultades de proposición, ejecución u operación de normas o instituciones encargadas de regular la vida de la población interna en centros de reclusión. En este sentido, los principios deben orientar al poder legislativo a regir la actividad de los administradores penitenciarios, orientar al poder ejecutivo a establecer políticas penitenciarias tendientes a respetar los derechos humanos, así mismo debe servir de guía al poder judicial para el caso de la interpretación de los jueces, con el fin de desentrañar el sentido y alcance de las normas penales y estableciendo la primacía de los principios rectores ante un reglamento u ordenamiento de jerarquía inferior, que se oponga al cumplimiento del principio rector, declarando su inconstitucionalidad.

2.3 Ejecución de Penas y División de Poderes

Aunque la convivencia inmediata de los tres órganos del Estado es una situación que ha perdurado por siglos, no resulta ocioso analizar con detenimiento el desarrollo de tal convivencia bajo el respeto de las respectivas competencias que les corresponden, de manera directa e inmediata, a cada uno de dichos órganos de poder sin subordinaciones; inmediatez que les resulta, a dichos órganos, de la soberanía del Estado, al no depender de ningún orden jerárquico, sino de una existencia horizontal de la soberanía popular. Cada uno de los órganos del Estado tiene en la Constitución Federal, sus propias atribuciones y sus facultades expresas para cumplirlas; el Poder Legislativo tiene a su cargo la aprobación de las leyes que nos rigen, como responsabilidad primordial, consignada en el artículo 70; el Poder Ejecutivo promulga y ejecuta las leyes, en términos del artículo 89 fracción I; y el Poder Judicial se encarga de cuidar la integridad de la constitución, ejercitar la justicia y resolver las controversias, de acuerdo con los artículos del 103 al 107 de la Constitución Federal.

En el ejercicio de la justicia penal, el Poder Judicial aplica el derecho sancionando a quien lo viola; pero entonces ha sucedido lo que Montesquieu llamó flexibilidad de la división de poderes, interviniendo el Poder Ejecutivo para hacer cumplir la pena impuesta. Pero esto, no es debido a dicha flexibilidad entre poderes, que está justificada en los casos de colaboración descritos anteriormente para el cumplimiento de sus funciones, sino que su origen se da a partir de que no se han respetado en forma estricta los límites entre uno y otro; históricamente han desarrollado una lucha política entre sí, buscando cada uno lograr la pretensión de ubicarse en el lugar superior de los demás, lo que no es privativo del Estado mexicano, en el que como ya se dijo existe conciencia tradicional de que el Poder Ejecutivo se ubica en un plano superior al de los demás; también la Monarquía inglesa le cedió la primacía al Parlamento. Lo ideal y más favorable para el mejor ejercicio del poder y el desarrollo de la soberanía, es que exista una independencia no solo en teoría sino real entre los órganos de Poder, para mantener la unidad del Estado, pues finalmente como lo establece la Constitución Federal; la soberanía reside en el pueblo.

Aunque sea someramente pero en forma precisa, es necesario dejar claro que cuando hablamos de los órganos del Poder, hablamos de la forma existencial del Estado, sin ellos el poder público no se puede manifestar, pues el Estado, como dice Francisco Portea, no representa a sus órganos, sino que los lleva dentro. Y cada órgano de poder está representado por uno o varios individuos que son sus titulares, pero no el órgano mismo, sino sólo su representante que es el que actúa en su nombre cumpliendo la voluntad del Estado. Cada órgano de Poder tiene su propia esfera de competencia, por lo que al invadir la competencia de otro, surge el conflicto de poderes que se resuelve mediante el control jurisdiccional que determina e orden jurídico que define los derechos y

obligaciones de los representantes del poder público que como personas físicas son los responsables de su ejercicio ante el Estado.⁷⁹

Lo anterior significa que el Estado y sus órganos, como instituciones son permanentes y que las personas como representantes de los poderes son cambiantes, y los derechos y atribuciones les corresponden en tanto son representantes y como representantes del órgano del Poder Público. Por ello para garantizar la armonía entre los órganos, resulta indispensable mantener el respeto a la competencia, que puede ser por materia, por territorio o por jerarquía.

En nuestro tema, afirmamos con certeza que la ejecución de las sentencias, obligadamente por naturaleza, pertenece a la materia judicial y por tanto corresponde su competencia al órgano de su nombre; sin embargo, en ese momento, el constituyente no fue suficientemente claro o los legisladores que reglamentaron el precepto constitucional no quisieron entenderlo; pues sustrajeron dicha competencia y se la endosaron al Poder Ejecutivo. Determinación que no requirió salvar grandes dificultades, si se piensa que históricamente ha sido y es el poder administrativo el dominante que toma a su arbitrio las determinaciones para someter a los gobernados a nombre del orden y la paz pública.

2.4 La Ejecución Penal en un Estado Constitucional de Derecho

2.4.1 El Estado Constitucional de Derecho

El derecho constitucional es el relativo al conjunto de normas máximas contenidas en la constitución. Dentro de la pirámide kelseniana constituye la jerarquía mayor dentro del todo el sistema jurídico, por lo tanto también son la base sobre la que se constituye todo el sistema jurídico de un estado.

Según la tradición constitucionalista mexicana, surgida con la promulgación de la constitución de 1847 y posteriormente la de 1917, la forma en la que están contenidas las normas, máximas de la constitución es en dos apartados, divididos según la naturaleza de lo que regulan. Estos son la parte dogmática y la parte orgánica.

De manera general, la parte dogmática se refiere a lo relacionado con los derechos fundamentales de las personas; la parte orgánica a la estructura y facultades de los órganos del estado.

⁷⁹ FIGUEROA Ocampo Cristóbal. La juridicación de la Ejecución de Sentencias en el Sistema Penal Mexicano. IAPEM. México 2008. p 49

Cuando nos referimos a derechos fundamentales estamos considerando a los derechos humanos, a los reconocidos en la propia constitución como en los diversos tratados internacionales firmados por México.

Es decir, nuestra constitución contiene la base jurídica para el reconocimiento de derechos humanos y de obligaciones para el estado para hacerlos efectivos. De esta manera, todos los derechos fundamentales requieren de una legislación que regule su ejercicio, pues como afirma Luigi Ferrajoli la construcción de la democracia consiste en la construcción de garantías, de instituciones y garantías...Estos son derechos que requieren de una legislación para su ejercicio...sin instituciones y garantías estos derechos son promesas, promesas no cumplidas. 80

Los derechos fundamentales son normas generales que requieren leyes de actuación, es decir, garantías. Sin garantías, estos derechos quedan en papel. También el derecho a la vida tiene la necesidad de una legislación que regule su desarrollo, que es el derecho penal y la prohibición del homicidio. Sin el código penal, sin este rol garantista del código penal, que prohíba y sancione la violación de derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la libertad, estos crímenes no serían punibles.

Dentro de la doctrina garantista propuesta por Ferrajoli se enfatiza la necesidad de asegurar las prerrogativas fundamentales en el ámbito penal, ya que dentro de esta materia se manifiesta con mayor solidez la fuerza coercitiva del estado. Es aquí donde el ser humano, sujeto de normas penales, sufre un daño directo infringido por el estado del cual forma parte, producto del castigo previsto en la ley. Por tal motivo es indispensable que esta ley sea lo más estrictamente apegada a la constitución. Lo mismo ocurre con una sentencia dictada por un órgano del poder judicial.

Es por esto que podemos afirmar que es en el derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, puesto que en esta materia se han desarrollado e implementado procedimientos, instituciones y, en general, mecanismos jurídicos para reducir el efecto negativo que sobre los derechos fundamentales pudiera provocar el derecho penal en su conjunto.

En el caso que nos ocupa, el Juez de ejecución de sanciones penales se erige como una autoridad surgida a consecuencia de este garantismo liberal, ya que como lo veremos más adelante, su función primordial es vigilar el estricto cumplimiento de la sentencia emitida por el juez de instrucción, además de proporcionar garantías procesales al sentenciado para que sus derechos como interno, como procesado y como persona podrán sean hechos efectivos ante una autoridad del poder judicial y no una autoridad de naturaleza administrativa.

Pues como lo menciona el propio Ferrajoli

80 FERRAJOLI LUIGI. Garantismo y derecho penal (Un diálogo con Ferrajoli). Instituto de Formación Profesional. PGJDF. 2010 México. p 18

...el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento liberal y expresa la exigencia propia de la ilustración jurídica, de minimización de ese "terrible poder" como lo llamó Montesquieu que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley, y su funcionamiento a la tutela de los bienes fundamentales.

Es precisamente por ello que esta existencia se ha venido identificando, según mi opinión, con el proyecto y el programa de derecho penal mínimo. Garantismo y derecho penal mínimo son términos sinónimos, que designan un modelo teórico normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia, no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de la aversión al delito, por ejemplo, la venganza privada o las reacciones informales no reguladas de la policía...

...así pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a administrar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo su margen de arbitrio y discrecionalidad.⁸¹

Las reacciones informales a que se refiere Ferrajoli son aquellas consecuencias de facto que no están previstas en la norma penal, pues son producto del contexto social, cultural e institucional; como ejemplo podemos citar la estigmatización o discriminación de aquellas personas que han cometido un delito y han sido sentenciadas por ello; así como el difícil acceso de los internos a los servicios básicos para una estancia digna en la cárcel así como a la seguridad personal e integridad física.

Esto significa que este derecho se justifica, sí y sólo sí, la violencia general en la sociedad, la violencia de los delitos y la violencia de las reacciones al delito, son reducidas de manera significativa por el derecho penal, sí y solo si, el Derecho penal genera la prevención y reducción de los delitos y también la reducción de las reacciones informales ante la comisión de delitos.

Esta segunda finalidad normalmente no es evidenciada, la idea que el único fin del Derecho penal sea la prevención de los delitos, puede justificar cualquier tipo de derecho penal máximo. Como diría Francisco Carrara, la idea de la defensa social es el presupuesto del terrorismo penal, ya que se podrían prever penas corporales o pena de muerte por cualquier delito. Esta función de la prevención por sí sola no es suficiente para legitimar el derecho penal.

81 FERRAJOLI LUIGI. Garantismo y derecho penal (Un diálogo con Ferrajoli). Instituto de Formación Profesional. PGJDF. 2010 México. p 25

La verdadera legitimación es su capacidad de limitar la violencia social, la violencia en su conjunto. No sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones ante los delitos. Esta violencia de las reacciones a los delitos, es decir la violencia institucional, puede ser reducida precisamente por las garantías. Las garantías penales y procesales son otras tantas condiciones sine qua non para limitar la potestad punitiva.⁸²

Esto significa que este derecho se justifica, sí y sólo sí, la violencia general en la sociedad, la violencia de los delitos y la violencia de las reacciones al delito, son reducidas de manera significativa por el derecho penal, sí y solo si, el Derecho penal genera la prevención y reducción de los delitos y también la reducción de las reacciones informales ante la comisión de delitos.

Este paradigma garantista promueve una ciencia jurídica crítica y proyectiva; crítica de las violaciones de los Derechos fundamentales, de las normas inconstitucionales y proyectiva en el sentido de que, sí la ciencia jurídica toma en serio los derechos fundamentales, debe promover la implementación de estos derechos y la construcción de instituciones de garantías cuya falta es un signo de ilegitimidad del ordenamiento.

En diferentes ámbitos, los juristas, los operadores jurídicos, los abogados, los fiscales, los jueces, deben tener siempre la conciencia de que las normas de su ordenamiento pueden ser, no solamente injustas, sino también ilegítimas respecto a la Constitución. Esta ilegitimidad del derecho es paradójicamente el aspecto positivo de la democracia constitucional. Solamente en un ordenamiento de régimen absoluto la validez coincide con la vigencia.

El garantismo no es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho desde el punto de vista axiológico externo, pero puede plantear una teoría de la democracia. Es una doctrina política, que toma en serio las Constituciones y la experiencia del constitucionalismo contemporáneo y que con ello elabora las técnicas de instituciones, de garantías a escalas estatal e internacional; contra los poderes públicos y contra los poderes privados, contra el poder judicial, contra el poder administrativo y contra el poder político, contra el Estado y contra el mercado. ⁸³

El sistema complejo de garantías que solamente en parte ha sido desarrollado en nuestra experiencia requiere una gran imaginación política y jurídica. El Derecho es un instrumento de construcción de la democracia, y en ese sentido, el garantismo es también una teoría del derecho.

En este sentido, es loable pensar en que siempre una diferencia entre deber ser y ser, un margen de ineffectividad, de derecho ilegítimo. Sin embargo, la lucha por el

82 FERRAJOLI LUIGI. Garantismo y derecho penal (Un diálogo con Ferrajoli). Instituto de Formación Profesional. PGJDF. 2010 México. p 37

83 FERRAJOLI LUIGI. Garantismo y derecho penal (Un diálogo con Ferrajoli). Instituto de Formación Profesional. PGJDF. 2010 México. p 37

derecho y por los derechos pueden, si no suprimir, sí reducir estas diferencias y tomar en serio estas promesas, construir un sistema que ahora en gran parte se está construyendo. Pues, volviendo a citar a Ferrajoli:

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política, dicho en términos de Ferrajoli, son vínculos negativos generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar y vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

Así las cosas, tenemos que la doctrina del garantismo es la que da origen al estado constitucional de derecho, en el que la dinámica consiste en un constante perfeccionamiento y armonía entre las normas de distintos niveles con los derechos fundamentales. Paradójicamente el mayor mérito de un estado constitucional de derecho es ésta incoherencia o disparidad entre las normas fundamentales y secundarias, pues esto solo sería posible en un estado totalitario o absoluto en los que la validéz de la norma es indiscutible y jurídicamente incontrovertible por el hecho de haber sido establecida en un ordenamiento.

En efecto, la sujeción de un juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, que en el estudio e interpretación que de ésta se haga, sea coherente con la constitución.

En el modelo del estado constitucional de derecho la validez de la norma ya no es un dogma supeditado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma y sujeta a la coherencia de sus significados con la constitución, remitida a la valoración del juez.

Capítulo III

Los Derechos Humanos y sus Garantías en el Sistema Penitenciario

3.1 El poder punitivo del Estado frente a los derechos humanos de los internos en centros de reclusión

La misión de las garantías jurisdiccionales en el procedimiento penal han sido parte importante en la integración de un Estado democrático.⁸⁴ Dichas garantías no sólo se refieren a las de debido proceso, también incluyen los derechos de las personas que se encuentran durante la etapa de ejecución de la pena:

Al parecer, es admitido universalmente el derecho del Estado a castigar cuando se transgreden las normas establecidas que permiten la convivencia social. Ha sido siempre utilizado el derecho penal como el aparato represivo para conservar el orden, sólo que su concepción ha sufrido en los últimos años hondas modificaciones con la aparición de nuevas tendencias en la aplicación de las penas, no hablamos nada más de su humanización, sino también de toda una discusión del sistema hasta sus raíces.⁸⁵

La autolimitación del poder punitivo del Estado es imprescindible para cualquier estado con una forma de gobierno democrática; ésta se hace visible y cobra trascendencia cuando se impone una sanción a quienes han incurrido en un acto delictivo. Como hemos visto en capítulos anteriores, el procedimiento penal y en general el derecho penal ha ido evolucionando conforme cambia nuestra concepción de Estado, es decir que no es lo mismo la imposición de una pena en la época de monarquía absoluta, por ejemplo, que imponerla en una monarquía constitucional en la época contemporánea. El desarrollo del derecho constitucional ha permitido establecer normas de carácter general para la imposición de una pena, sea a través de un debido proceso, la proporcionalidad de las penas, la impugnación de éstas ante los órganos competentes, etcétera; el auge de los derechos humanos en este sentido, a nivel internacional ha significado un impulso a la modificación de mecanismos internos referentes a la procuración e impartición de justicia, así como de procedimientos judiciales que

84 García Morelos, Gumesindo, "Hábeas corpus y tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de los reclusos: hacia una habilitación procesal", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Colombia, núm. 28, 2002, pp. 23-52.

85 Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM, 1993, p. 34.

permitan vincular de manera eficaz a la autoridad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos:

Un Estado de Derecho, es el que cuenta con un orden jurídico y norma en él su estructura y funcionalidad, sobre todo el que respeta los derechos humanos. Dentro de ese Estado democrático de derecho, no es compatible un sistema penal totalitario o autoritario que se manifiesta, en sus diferentes niveles y aspectos, como extralimitación del *ius puniendi* y, consecuentemente, como inobservante de los derechos humanos, los que, por ello, se ven vulnerados de modo constante en el ejercicio de aquél. Siempre que se maneje la vigencia del Estado de derecho y democrático, estará presente la idea de que el poder penal no es absoluto, sino limitado, y que su ejercicio sólo se legitima si se orienta en beneficio del hombre y no en su perjuicio.⁸⁶

De modo que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que nacen de ella.⁸⁷ Consecuentemente, la norma penal en la fase de ejecución no abandona su carácter jurídico de protección. Los derechos del delincuente, aun durante la ejecución de la sanción, deben ser protegidos y asegurados en lo que la sanción no los limite.⁸⁸

A pesar de ello, históricamente los derechos de los internos en centros de reclusión han sido violados:

La condición de recluso o preso es de por sí una especie moderna de la antigua "muerte civil" romana. La disminución o paralización de ciertos derechos se agrava con la incapacidad de hacer efectivos y de potenciar los que permanecen en el *status* jurídico del recluso, tanto por su calidad de persona jurídica, como aún mantienen las leyes, como por los derechos y protección de que es sujeto por esta particular circunstancia, la reclusión.⁸⁹

El problema tiene orígenes diversos, sin embargo podríamos decir que tienen que ver con la percepción que desde su origen generó el hecho de cumplir una pena privativa de libertad, la cual tenía la intención de castigar al delincuente y aislarlo de la sociedad por el peligro que éste representaba. Las teorías contemporáneas sobre la reclusión de las personas -en razón de la evolución de los derechos

⁸⁶ *Ibidem*, p. 36

⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁸⁹ Peláez Ferrusca, Mercedes, "Derechos humanos y prisión. Notas para el acercamiento", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/95/art/art8.pdf>, p. 523.

humanos- responden a una lógica distinta, es decir, la finalidad es la resocialización de los presos y no su estigmatización.

La idea hondamente arraigada no sólo en el sistema penal sino en el social y cultural de que poco importa o debe importar la persona de los delincuentes, se resiste a la influencia de la cultura de derechos humanos para todos.⁹⁰ Es por ello que el actual Estado democrático o social de Derecho tiene una gran responsabilidad para legitimar el cambio de percepción sobre los presos a partir de la positivación de sus derechos y, por supuesto, de la protección, respeto y defensa irrestrictos de los mismos, ya que “sólo en la medida que el Estado fomenta y respeta la legalidad y el respeto por la dignidad de la persona reclusa, estará en condiciones de influenciar positivamente tanto en el delincuente preso como en la sociedad.”⁹¹

El primer responsable de la vida de los internos en un centro de reclusión es el Estado, a través de la autoridad penitenciaria⁹², por lo tanto, a ésta corresponde proteger, respetar y hacer cumplir los derechos de los internos en centros de reclusión; sin embargo, casi siempre *el ejercicio de los derechos fundamentales del recluso se encuentra condicionado a las posibilidades de la administración penitenciaria y sobre todo a los requerimientos de la seguridad y vigilancia de los centros.*⁹³

En ese sentido, debe comprenderse que la autoridad penitenciaria cumple únicamente con una función que debe proporcionar el Estado, pero que bajo ninguna circunstancia se encuentra facultada para limitar los derechos de los reclusos a su arbitrio. En todo tiempo debe respetar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del Estado, la cual “sólo puede tener por objeto manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y el ciudadano.”⁹⁴

Como ejemplo podemos mencionar el caso del Tribunal Constitucional Alemán que introdujo una figura denominada “relación de especial sujeción”, a partir de la cual no sería constitucional una limitación de los derechos fundamentales de la persona, con base en una norma de rango administrativo orientada a lograr ya sean los fines de la pena o ya los del establecimiento penitenciario; la limitación de los derechos de los internos sólo sería posible si estuviera amparada por una ley.⁹⁵ Es así que:

La administración penitenciaria sólo está legitimada a limitar los derechos fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de

⁹⁰ *Ibidem*, p. 535.

⁹¹ *Ibidem*, p. 536.

⁹² Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*, México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, UNAM, 2000, colección Nuestros Derechos, p. 12.

⁹³ Peláez Ferrusca, Mercedes, “Derechos humanos y prisión...”, *op. cit.*, nota 89, p. 546.

⁹⁴ Dalla Via, Alberto Ricardo, “El garantismo”, *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal)*, Brasil, núm. 27, octubre-diciembre de 2004, pp. 24-37.

⁹⁵ Peláez Ferrusca, Mercedes, “Derechos humanos y prisión...”, *op. cit.*, nota 89, p.546.

libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado; es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena.⁹⁶

3.1.1 Los derechos humanos de los reclusos

La primera generación de derechos humanos, surgida con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, tiene como eje fundamental la libertad de las personas y, aunque no referían el caso específico de los derechos de los reclusos, sí lograron imponer ciertos límites al *ius puniendi* del Estado. La segunda generación, en el contexto de los derechos sociales, también introdujo un avance importante en el tema que nos ocupa, fundamentalmente en los relativos al trabajo y educación de las personas, haciéndose extensivo a la readaptación de los presos. La tercera generación aporta uno de los retos principales a los que se enfrentan los Estados hoy en día: proporcionar calidad de vida a los presos mediante el mejoramiento de las condiciones de los centros de reclusión.

El fenómeno de la multiplicación y especificación de los derechos humanos ha traído consigo la revisión y actualización de un catálogo importante de derechos que cabe reconocer a los internos que se encuentran en situación de encierro, motivada por la privación legal de la libertad personal.⁹⁷

Muchas de las personas que están en recintos penales están cumpliendo condenas. Están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos. La pena consiste en la pérdida de libertad. Por lo tanto, las circunstancias de encarcelamiento no debieran utilizarse como un castigo adicional. Se debe reducir al mínimo cualquiera de los efectos adversos del encarcelamiento. Aunque la vida en prisión nunca puede ser normal, las condiciones en ella deberían ser tan cercanas a la vida normal como sea posible, aparte de la pérdida de libertad.⁹⁸

Las prisiones tienen que ver fundamentalmente con seres humanos y una de las pruebas fehacientes de este respeto por los valores humanos reside en el modo

⁹⁶ *Ibidem*, p.547.

⁹⁷ Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos*, *op. cit.*, nota 92, p. 3.

⁹⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual de buena práctica penitenciaria, implementación de las reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*, Costa Rica, IIDH, 1998, traducción por el IIDH, p. 16.

en que la sociedad trata a quienes han infringido, o han sido acusados/as de infringir, la legislación penal.⁹⁹

Al respecto, el *Manual de Buena Práctica Penitenciaria* –creado por las Naciones Unidas en el contexto de la Reforma Penal Internacional de 1997- establece una lista de derechos de los reclusos, los cuales provienen de los derechos generales universales, por lo que deben aplicarse a toda persona:

- el derecho a la vida y a la seguridad de la persona
- el derecho a no ser torturado o maltratado
- el derecho a la salud
- el derecho al respeto de la dignidad humana
- el derecho a un juicio justo
- el derecho a la no discriminación de ningún tipo
- el derecho a no ser sometido a esclavitud
- el derecho a la libertad de conciencia y pensamiento
- el derecho a la libertad de culto
- el derecho al respeto de la vida familiar
- el derecho al desarrollo personal¹⁰⁰

El manual en comento también reconoce los derechos que pueden limitarse con motivo de la reclusión legal de una persona; sin embargo, en todo momento debe analizarse la proporcionalidad de dicha limitación:

Algunos derechos pueden limitarse por el hecho de detención o de encarcelamiento. Éstos incluyen: el derecho a determinadas libertades personales; el derecho a la privacidad; la libertad de movimiento; libertad de expresión; libertad de asamblea; y libertad de voto. La cuestión importante es si, y a qué nivel, cualquier limitación adicional de los derechos humanos es una consecuencia necesaria y justificada de la privación de libertad.¹⁰¹

⁹⁹ Scarfó, Francisco, "La privación de la libertad y los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de las normas de Naciones Unidas", Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho Político, España, http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/foro_scarfo.pdf.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 16.

En el mismo sentido, Mercedes Peláez propone la clasificación de los derechos de los internos en tres rubros:

- Humanos, los relativos a su calidad de persona humana.
- Fundamentales, 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, es decir, los que adquieren las personas presas por el hecho de estarlo y que se refieren, sobre todo, a esa especial circunstancia que es la reclusión. Estos derechos están reconocidos tanto en legislación nacional como en documentos internacionales.¹⁰²

Asimismo, menciona un cuarto rubro, el cual considera negativo respecto de los anteriores por referirse al conjunto de derechos que legítimamente pueden restringirse y aun suspenderse temporalmente en función de la ejecución de la pena de prisión¹⁰³, lo cual coincide con los criterios de las Naciones Unidas.

Estos rubros contienen derechos concretos de los reclusos, los derechos humanos y los fundamentales pueden clasificarse de la siguiente forma:

<p>Derechos que protegen su persona</p>	<ul style="list-style-type: none"> • A la vida • A la salud • Dignidad humana • Integridad física y Moral • A la libertad • Condiciones físicas aceptables 	<ul style="list-style-type: none"> - Asistencia médica - Alimentación - Prohibición de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. - De pensamiento, de creencias, libre desarrollo de la personalidad. -Instalaciones en óptimas condiciones. - Higiene.
	<ul style="list-style-type: none"> • Procesados 	<ul style="list-style-type: none"> -Debido proceso legal -Presunción de inocencia. -Legalidad ejecutiva (se-

¹⁰² Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos*, op. cit., nota 92, p. 8.

¹⁰³ *Idem*.

Derechos que amparan su situación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Sentenciados 	guridad jurídica). -Certeza de la pena. -Control judicial. -Defensa y asistencia con abogado.104
--	--	---

Los derechos específicos que corresponden a los presos por el hecho de estarlo, son clasificados como sigue:

Derechos de que son titulares en virtud de la situación de encierro	Interno preventivo	<ul style="list-style-type: none"> • Seguridad Jurídica • Separación • Readaptación Social • Tratamiento • Beneficios 	-Situación jurídica y localización. - Identificación. - - Procesados/sentenciados - Hombres/mujeres - Menores/adultos - Sanos/enfermos - Trabajo - Capacitación - Educación - Clasificación - Evaluación periódica - Libertad preparatoria - Remisión parcial de la pena - Preliberación - Visita familiar e
---	--------------------	--	---

104 *Ibidem*, p. 9.

	Interno ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • Comunicación con el exterior • Acceso a instancias internas y externas 	íntima <ul style="list-style-type: none"> - Prensa escrita - Correspondencia - Autoridades del centro y de readaptación social - Otras autoridades - ONG's - Medios de comunicación¹⁰⁵
--	----------------------	---	---

Rodolfo Munguía sostiene que de acuerdo a lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las autoridades de los reclusorios se encuentran obligadas a:

- 1) no someter a persona alguna a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- 2) tratar humanamente a toda persona privada de libertad y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; y
- 3) expedir las disposiciones legales que permitan que el régimen penitenciario consista en un tratamiento, cuya finalidad esencial sea la reforma y la **reinserción social** de los penados.¹⁰⁶

Sin embargo, en muchos países de América Latina aún hay muchos saldos pendientes en la materia al no ajustarse a los estándares sobre los derechos de los reclusos. Esta situación se demuestra en el *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas* de 2011 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual observó que los problemas más graves y extendidos en la región son:

- (a) el hacinamiento y la sobrepoblación;
- (b) las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos;

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁰⁶ Munguía Rojas, Rodolfo, "El régimen disciplinario en los centros penitenciarios y los derechos humanos de los reclusos", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 26, 2008, pp. 267-282.

- (c) los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades;
- (d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal;
- (e) el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales;
- (f) el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria;
- (g) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables;
- (h) la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y
- (i) la corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria.¹⁰⁷

Estos desafíos en el respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad identificados por la CIDH son fundamentalmente los mismos que han sido sistemáticamente observados en las Américas por los mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas que realizan visitas a cárceles y centros de detención.

La naturaleza de esta situación revela la existencia de serias deficiencias estructurales que afectan gravemente derechos humanos inderogables, como los derechos a la vida y a la integridad personal de los reclusos, e impiden que en la práctica las penas privativas de la libertad cumplan con la finalidad esencial que establece la Convención Americana: la reforma y la readaptación social de los condenados.¹⁰⁸

Dichas deficiencias alteran el fin de cualquier sistema penitenciario al no cumplir con la resocialización de los presos y potencializan la violación sistemática de los derechos de los reclusos, así como la reincidencia delictiva:

Un sistema penitenciario que funcione de forma adecuada es un aspecto necesario para garantizar la seguridad de la ciudadanía y la buena administración de la justicia. Por el contrario, cuando las cárceles no reciben la atención o los recursos necesarios, su función se distorsiona, en vez de proporcionar protección, se convierten en escuelas de delincuencia

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, doc. 64, 31 de diciembre de 2011, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>, p. 1.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 2.

y comportamiento antisocial, que propician la reincidencia en vez de la rehabilitación.¹⁰⁹

Por lo tanto, es necesario que todos los Estados asuman su responsabilidad frente a la situación de los derechos de los reclusos mediante el establecimiento de una legislación adecuada -acorde a los derechos reconocidos en sus constituciones y en los tratados internacionales de los que formen parte- que proteja irrestrictamente sus derechos, impida a las autoridades penitenciarias limitarlos de forma arbitraria, así como la formación de grupos delincuenciales de poder dentro de los centros de reclusión. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia como sigue:

En este sentido, se establece claramente que el primer deber del Estado como garante de las personas sometidas a su custodia, es precisamente el deber de ejercer el control efectivo y la seguridad interna de los centros penales; si esta condición esencial no se cumple es muy difícil que el Estado pueda asegurar mínimamente los derechos fundamentales de las personas bajo su custodia. A este respecto, es inaceptable desde todo punto de vista que existan un buen número de cárceles en la región que se rigen por sistemas de “autogobierno”, en los que el control efectivo de todos los aspectos internos está en manos de determinados reclusos o bandas criminales; o por sistemas de “gobierno compartido”, en las que estas mafias comparten este poder y sus beneficios con las autoridades penitenciarias. Cuando esto ocurre, el Estado se torna incapaz de garantizar mínimamente los derechos humanos de los reclusos y se trastoca y desnaturaliza totalmente el objeto y fin de las penas privativas de la libertad. En estos casos aumentan los índices de violencia y muertes en las cárceles; se generan peligrosos círculos de corrupción, entre otras muchas consecuencias del descontrol institucional en las cárceles.¹¹⁰

Así, el Estado debe recuperar su carácter de garante de los derechos de los reclusos mediante los siguientes deberes básicos:

(a) el asegurar un control judicial pronto y efectivo de la detención, como garantía fundamental de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos; (b) el deber de mantener registros completos, organizados y confiables del ingreso de personas a los centros de privación de libertad, y el deber de realizar un examen médico inicial de los detenidos en el que se determine la posible existencia de signos de violencia y la presencia de enfermedades transmisibles o que ameriten un tratamiento específico; (c) la necesidad de contar con personal penitenciario idóneo, capacitado y que

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

ejerza sus funciones en condiciones adecuadas, el cual deberá ser de naturaleza civil e institucionalmente distinto de la policía o el ejército –en particular si está en contacto directo con los reclusos o sus familias–; el deber de recurrir al uso de la fuerza –letal y no letal– sólo cuando sea estrictamente necesario, de forma proporcional a la naturaleza de la situación que se busca controlar, de acuerdo con protocolos previamente establecidos para tal fin, y asegurando que tales acciones sean objeto de controles institucionales y judiciales; y el deber de establecer recursos judiciales idóneos y sistemas de quejas efectivos ante posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de las condiciones de reclusión.¹¹¹

Además de todos los derechos mencionados, es imperante que conforme a los estándares internacionales, los Estados procuren el principal derecho de los internos, es decir, el derecho a la resocialización:

...la reforma de junio de 2008 tomó a la reinserción social de los condenados, como finalidad esencial de las penas privativas de la libertad (...) son tanto garantías de la seguridad ciudadana, como derechos de las personas privadas de libertad. Por lo tanto, esta disposición es una norma con contenido y alcances propios de la que se deriva la correspondiente obligación del Estado de implementar programas de trabajo, estudio y otros servicios necesarios para que las personas privadas de libertad puedan tener opción a un proyecto de vida digna.¹¹²

A este respecto, existen propuestas como la de Roberto Reynoso Dávila para estimular a los reclusos al cumplimiento de las disposiciones reglamentarias a través de un adecuado sistema de premios y recompensas, siempre que sus actos denoten buena conducta, laboriosidad, propósito de enmendar el daño causado y, en general, observancia sincera al tratamiento penitenciario.¹¹³ Para ello, se proponen las recompensas siguientes:

- 1) reducción extraordinaria de la condena;
- 2) concesiones extraordinarias de comunicaciones orales o escritas;
- 3) exención de servicios no retribuidos;
- 4) premios en dinero; y
- 5) desempeños de destino, así como cargos auxiliares y de confianza.¹¹⁴

111 *Ibidem*, p. 6.

112 *Ibidem*, p. 8.

113 Munguía Rojas, Rodolfo, *op. cit.*, nota 94.

114 Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría general de las sanciones penales*, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 158.

3.2 Legislación penitenciaria en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Si bien los derechos humanos de los internos en centros de reclusión no pertenecen exclusivamente a una sola generación de derechos, también es cierto que por su naturaleza y conquista paulatina, se encuentran previstos y protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan a los Estados parte a cumplir cabalmente:

Los tratados internacionales de derechos humanos consagran derechos que los Estados deben garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción. Así, los tratados internacionales de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano; se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva; consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo; y cuentan con mecanismos de supervisión específicos. Además, al ratificar los tratados de derechos humanos los Estados se comprometen a interpretar y aplicar sus disposiciones de modo que las garantías que aquellos establecen sean verdaderamente prácticas y eficaces; es decir, deben ser cumplidos de buena fe, de forma tal que tengan un efecto útil y que sirvan al propósito para el cual fueron adoptados.¹¹⁵

Los derechos humanos básicos están incluidos en las leyes y normas internacionales. Muchos Estados en cada región del mundo han firmado y ratificado tratados internacionales, convenciones, pactos y reglas que confirman estos derechos.¹¹⁶ Asimismo, los derechos humanos de los presos o detenidos están establecidos por la ley internacional, a través de varias convenciones y pactos con categoría legal de tratado. Los estados que los firman y ratifican se comprometen a observar sus disposiciones.¹¹⁷

3.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fue el primer instrumento internacional que estableció una agenda de derechos básicos. Si bien no contempla específicamente los derechos de los internos en centros de reclusión, sí contiene una cantidad importante de derechos que son aplicables a

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 94, pp. 8 y 9.

¹¹⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 94(-18), p. 15.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

cualquier persona, aun cuando ésta se encuentre en calidad de recluso, estos son: a la vida y a la seguridad de su persona, los cuales se encuentran previstos en el artículo 3° que a la letra dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Asimismo, el artículo 5° prohíbe toda forma de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de si una persona se encuentra en libertad o reclusión: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

En los artículos 8°, 9°, 10, 11 y 12 se establecen los derechos de seguridad jurídica o de debido proceso que deben ser respetados a toda persona que enfrente algún abuso de autoridad, violación a sus derechos o acusación de tipo penal, los cuales prevén:

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. (...)

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

3.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en concordancia con lo previsto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece una serie de derechos específicos para las personas internadas en centros de reclusión, en tanto que “los derechos civiles y políticos son los que persiguen la protección de los seres humanos contra los abusos de autoridad del gobierno en aspectos relativos a la integridad personal, a cualquier ámbito de la libertad y a la existencia de la legalidad y garantías específicas en procedimientos administrativos y judiciales.”¹¹⁸

El primer elemento que al respecto retoma el Pacto, es el derecho a la vida y la imposición de restricciones para la pena de muerte en los supuestos en los que ésta derive en un delito de genocidio, el derecho de los condenados a solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena, la prohibición para imponer pena de muerte a menores de 18 años y mujeres embarazadas, así como que ninguna disposición del Pacto podrá invocarse para impedir la abolición de la pena de muerte en cualquier Estado. Dichas disposiciones se encuentran establecidas en el artículo 6° del Pacto que a la letra dice:

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

118 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo Facultativo”, México, abril 2012, <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/cartillas/7%20cartilla%20pacto%20internacional%20der%20econ%C3%B3micos%20sociales%20culturales.pdf>.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

El artículo 7° del Pacto en comento, también prohíbe el sometimiento de toda persona a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

Este pacto también proscribe la esclavitud y el constreñimiento de cualquier persona a trabajos forzados, pero diferencia la obligación de realizar trabajos en razón del cumplimiento de una pena de prisión, lo cual, al no considerarse un trabajo forzado, se armoniza con el derecho al trabajo de los presos. El artículo 8° prevé al respecto:

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional...

En relación a lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9° de este Pacto también contempla el derecho a la

seguridad personal y a la libertad, la cual solamente puede ser privada cuando medie un proceso con arreglo a lo previsto por las leyes. De igual modo, prevé una lista de derechos de seguridad jurídica para proscribir cualquier forma arbitraria de detención, así como la disposición para que la prisión preventiva no sea la regla general y el derecho a la reparación del daño:

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Como ya hemos mencionado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece una lista de derechos específicos en comparación con la Declaración Universal, es así que en el artículo 10° se establece por primera vez una serie de derechos para las personas privadas de la libertad, indicando que tienen derecho a un trato digno y su tratamiento tendrá como principal objetivo la readaptación social de los penados:

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Asimismo, los artículos 14 y 15 del Pacto, consagran los derechos de toda persona que se encuentre acusada de algún delito, es decir, los derechos de debido proceso, los cuales deben ser respetados en todo momento y que también se relacionan con los derechos de los presos, en tanto que muchos reclusos se encuentran en prisión preventiva.

3.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

EL Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966, consagra todos aquellos derechos que se consideran de igualdad material, “por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna.”¹¹⁹

Lamentablemente, estos derechos se encuentran en desequilibrio respecto de los civiles y políticos, ya que existe un gran número de personas a nivel mundial que “por su situación de partida en la dinámica social se encuentran desfavorecidos no pudiendo gozar ni acceder a derechos como la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, la cultura y pierden la posibilidad cierta de constituirse como seres humanos dignos.”¹²⁰ Según Raúl Lugo Rodríguez:

Esto se debe a varias razones. Una de ellas es de carácter histórico: los derechos civiles y políticos se han visto amenazados en el siglo pasado por las dictaduras de todo signo, por los sistemas de segregación como el apartheid o la discriminación racial en los Estados Unidos y por los gobiernos autoritarios. Estas dolorosas situaciones motivaron grandes manifestaciones a favor de los derechos civiles y políticos y obligaron a los Estados a formular leyes para salvaguardarlos...¹²¹

¹¹⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 98.

¹²⁰ Scarfó, Francisco, *op. cit.*, nota 99..

¹²¹ Lugo Rodríguez, Raúl H. en *Idem*.

En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales no han generado el mismo interés por parte de los Estados, lo cual ha derivado en una cada vez más aguda desigualdad económica a nivel mundial que conlleva a la existencia y crecimiento de grupos en situación de vulnerabilidad, constituyéndolos como “seres propensos a la condena de la exclusión, la marginalidad, la violencia, la desocupación y otras penurias. El caso de las personas detenidas en establecimientos penales es una muestra de vulnerabilidad social y exclusión.”¹²²

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no alude específicamente la situación de las personas internas en centros de reclusión, también es cierto que no los excluye, pues a pesar de su condición de reclusos, pertenecen a la sociedad y el Estado está obligado a respetar y proteger sus derechos sin distinción:

Los DESC hacen a la integridad y dignidad del ser humano, por lo tanto, también deben de ser garantizados a aquellas personas que se encuentran detenidas en unidades penales. Es el Estado, obligado por los tratados internacionales, quien a través de sus instituciones y políticas públicas, es el responsable de respetar, proteger y garantizar estos derechos a todos los individuos de la sociedad, más allá de su situación de estar privado de la libertad.¹²³

De modo que los Estados se encuentran obligados a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentran cumpliendo una pena privativa de la libertad. Esto es, el derecho a una calidad de vida digna, a la salud, al trabajo, a la educación y a la cultura, tal como lo disponen los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. En ese sentido:

Cuando una autoridad judicial envía a alguien a la cárcel, las normas internacionales dejan muy claro que el único castigo que se le impone es la privación de la libertad. El encarcelamiento no debe incluir el riesgo de abusos físicos o emocionales por parte de los funcionarios penitenciarios o de otros reclusos. El Estado tiene que cumplir con su obligación de respetar la dignidad humana de las personas reclusas, atendiéndolas y satisfaciendo sus derechos.¹²⁴

3.2.4 Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos fueron aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del delincuente, celebrada en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2976 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

A partir del reconocimiento de los derechos de los reclusos por parte de la comunidad internacional, las Naciones Unidas establecieron estas Reglas Mínimas, las cuales, según se señala, contienen reglas que son de carácter absoluto y fundamental, constituyen principios básicos y, como tal, se deben poner en práctica en todas partes y en todo momento. Sin embargo, cabe mencionar que la intención no fue posicionar un modelo penitenciario perfecto, únicamente tuvieron como objetivo identificar “los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos”.¹²⁵

En atención a este objetivo, los principios fundamentales que dan sustento a dichas Reglas Mínimas, son:

- los recintos penales deben ser comunidades bien organizadas, es decir, tienen que ser lugares donde no exista peligro para la vida, la salud y la integridad personal;
- los recintos penales deben ser lugares en donde no se muestre discriminación en el trato de reclusos;
- cuando una corte sentencia a un preso a prisión, ésta impone una pena que es en sí extremadamente aflictiva. Las condiciones del recinto penal deben tratar de no aumentar esto.
- las actividades del establecimiento se deben enfocar en cuanto sea posible a ayudar a los presos a reintegrarse a la comunidad después de que hayan cumplido la sentencia de cárcel. Por esta razón, las reglas y el régimen de la prisión no debieran restringir las libertades, los contactos sociales de los reclusos y posibilidades para el desarrollo personal más de lo absolutamente necesario. Las reglas y el régimen penitenciario debieran facilitar la adaptación e integración a la vida normal de la comunidad.¹²⁶

Estas Reglas Mínimas se clasifican en reglas de aplicación general y reglas aplicables a categorías especiales: Condenados; reclusos alienados, enfermos mentales; personas detenidas o en prisión preventiva; sentenciados por deudas o a prisión civil; y reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra.

Las *Reglas de aplicación general* tienen como principio fundamental su aplicación imparcial y contemplan los derechos de los reclusos en lo relativo a: registro, separación de categorías, locales destinados a los reclusos, higiene personal, ropas y cama, alimentación, ejercicios físicos, servicios médicos, disciplina y sanciones, medios de coerción, información y derecho de queja de los reclusos, contacto con el mundo exterior, biblioteca, religión, depósitos de objetos

¹²⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 108, p. 23.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 21.

pertenecientes a los reclusos, notificación de defunción, enfermedades y traslados, traslado de recursos, personal penitenciario e inspección.

En cuanto a las *Reglas aplicables a la categoría especial de Condenados*, se prevé lo relativo al tratamiento de los reclusos, a su clasificación e individualización, privilegios, trabajo e instrucción y recreo.

3.2.5 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

El Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Dicho documento contiene 39 principios que tienen por objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en cuanto a los temas siguientes:

1. Trato humano y respeto a la dignidad de las personas.
2. Detención conforme a lo previsto por la ley y por personas autorizadas.
3. Los principios contenidos en este documento no restringen o menoscaban otros derechos.
4. Detención, prisión y medidas preventivas deben ser ordenadas por un juez.
5. Principios se aplican a toda persona sin distinción alguna.
6. Prohibición de torturas, penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
7. Prohibición y sanción de actos contrarios a estos principios y el derecho de comunicarlo al superior jerárquico de quien los viole.
8. Separación de procesados y condenados.
9. Las autoridades deben actuar conforme a la ley en el momento de la detención.
10. Informar a la persona sobre los motivos de su detención.
11. Derecho de audiencia y a una defensa adecuada.
12. Deben registrarse todos los datos del momento de la detención.
13. Las autoridades deben informar al detenido sobre sus derechos y la forma de ejercerlos.
14. Derecho a un traductor o intérprete.
15. Prohibición para incomunicar al detenido con el exterior.
16. Derecho a informar a familiares del detenido, en el caso de un extranjero, a la oficina consular.
17. Derecho a una defensa gratuita.
18. Derecho a la comunicación del detenido con su abogado.
19. Derecho a visitas.
20. Derecho a un lugar de prisión a una distancia razonable de su residencia.

21. Prohibición para obligar a un detenido a confesar en contra de sí mismo o de otros.
22. Nadie puede ser sometido a experimentos médicos o científicos.
23. Registro y certificación de duración de interrogatorios al detenido y el acceso del abogado a los mismos.
24. Derecho a un examen médico al ingresar y al salir de prisión.
25. Derecho a solicitar la realización de otro examen médico.
26. Registro de los exámenes médicos solicitados y realizados.
27. La violación de estos principios cuenta para la admisión de las pruebas.
28. Derecho a materiales educacionales, culturales y de información.
29. Visitas a los centros de detención para certificar su buen funcionamiento y el derecho de los detenidos para comunicarse con los visitantes.
30. Las medidas disciplinarias deben estar previstas en la ley y en reglamentos y el derecho del detenido a ser oído antes de imputársele alguna medida.
31. Asistencia a familiares y menores a cargo de los detenidos.
32. Derecho a impugnar la legalidad de la detención.
33. Derecho a ejercer recurso en contra de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
34. Investigación de muerte o desaparición de un detenido.
35. Derecho a la reparación del daño.
36. Derecho a la presunción de inocencia y a un juicio.
37. Sólo el juez puede decidir sobre la detención de una persona y el derecho del detenido a informar sobre el trato durante su detención.
38. Derecho a un juicio en un plazo razonable.
39. Derecho a la libertad mientras se libra un juicio.

3.2.6 Principios básicos para el tratamiento de los reclusos

Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

Este documento, de acuerdo con lo previsto en su preámbulo, tiene como objetivos principales la armonización con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, la humanización de la justicia penal, el establecimiento de políticas penitenciarias sustentadas en el respeto a los derechos humanos y la elaboración de una declaración de los derechos de los reclusos.

Para el cumplimiento de tales fines, la Asamblea General aprobó los siguientes principios:

1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

2. No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.
3. Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.
4. El personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.
5. Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.
6. Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.
7. Se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción.
8. Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio.
9. Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.
10. Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.
11. Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial.

3.2.7 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, teniendo como finalidad principal la reintegración a la sociedad y la reinserción en la comunidad de los menores privados de la libertad.

Estas reglas tienen las siguientes perspectivas fundamentales:

1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.
2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.
3. El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.
4. Las Reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores.
5. Las Reglas están concebidas para servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participen en la administración del sistema de justicia de menores.
6. Las Reglas deberán ponerse a disposición del personal de justicia de menores en sus idiomas nacionales. Los menores que no conozcan suficientemente el idioma hablado por el personal del establecimiento de detención tendrán derecho a los servicios gratuitos de un intérprete

siempre que sea necesario, en particular durante los reconocimientos médicos y las actuaciones disciplinarias.

7. Cuando corresponda, los Estados deberán incorporar las presentes Reglas a su legislación o modificarla en consecuencia y establecer recursos eficaces en caso de inobservancia, incluida la indemnización en los casos en que se causen perjuicios a los menores. Los Estados deberán además vigilar la aplicación de las Reglas.

8. Las autoridades competentes procurarán sensibilizar constantemente al público sobre el hecho de que el cuidado de los menores detenidos y su preparación para su reintegración en la sociedad constituyen un servicio social de gran importancia y, a tal efecto, se deberá adoptar medidas eficaces para fomentar los contactos abiertos entre los menores y la comunidad local.

9. Ninguna de las disposiciones contenidas en las presentes Reglas deberá interpretarse de manera que excluya la aplicación de los instrumentos y normas pertinentes de las Naciones Unidas ni de los referentes a los derechos humanos, reconocidos por la comunidad internacional, que velen mejor por los derechos; la atención y la protección de los menores, de los niños y de todos los jóvenes.

10. En el caso de que la aplicación práctica de las reglas específicas contenidas en las secciones II a V, inclusive, sea incompatible con las reglas que figuran en la presente sección estas últimas prevalecerán sobre las primeras.

Asimismo, establece los alcances y aplicación de las reglas y disposiciones relativas a los derechos de los menores detenidos o en prisión preventiva, tales como: la administración de centros de menores; ingreso, registro, desplazamiento y traslado; clasificación y asignación; medio físico y alojamiento; educación, formación profesional y trabajo; actividades recreativas; religión; asistencia médica; notificación de enfermedad, accidente y defunción; contactos con la comunidad en general; limitaciones de la coerción física y el uso de la fuerza; procedimientos disciplinarios; inspección y reclamaciones; reintegración a la comunidad y personal penitenciario.

3.2.8 Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la

Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

Esta Convención debe aplicarse por todos los Estados parte, quienes deben evitar, por todos los medios posibles, el sometimiento de persona alguna a cualquier forma de tortura. Según el artículo 1° de la misma, la tortura consiste en:

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

El artículo 2° establece la obligación de los Estados para impedir actos de tortura en sus territorios:

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Todo acto de tortura será sancionado y será considerado como delito según lo previsto en el artículo 4°, lo cual también es aplicable en los casos de tortura a personas internas en centros de reclusión:

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Los Estados se encuentran obligados a otorgar educación a sus autoridades respecto a la prohibición de la tortura según el artículo 10°:

Artículo 10

1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.
2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

En el caso específico de los reclusos, para evitarles cualquier tipo de tortura, el artículo 11 prevé lo siguiente:

Artículo 11

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Toda persona que haya sido sometida a algún acto de tortura, tiene derecho a que se investigue, a presentar una queja, a la reparación del daño y a una indemnización justa, tal como lo prevén los artículos 12, 13 y 14 de la Convención en comento:

Artículo 12

Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

En este sentido, lo que pretende la Convención contra la Tortura es la erradicación de cualquier trato inhumano en contra de cualquier persona, incluyendo a los reclusos, quienes desafortunadamente son los más expuestos a situaciones que pueden vulnerar su integridad física y psicológica.

3.2.9 Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley fueron adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Este documento establece diversas disposiciones generales y específicas para limitar el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios públicos, así

como principios para la actuación en caso de reuniones ilícitas; vigilancia de personas bajo custodia o detenidas; calificaciones, capacitación y asesoramiento; y procedimientos de presentación de informes y recursos.

En lo que hace al tema de los derechos de los reclusos, las disposiciones sobre la Vigilancia de personas bajo custodia o detenidas establecen en los numerales 15, 16 y 17 las restricciones para el empleo del uso de la fuerza, la prohibición para emplear armas de fuego y la obligación de actuar conforma a las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos:

15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.

16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro a que se refiere el principio 9.

17. Los principios precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios de establecimientos penitenciarios, tal como se enuncian en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, sobre todo las reglas 33, 34 y 54.

3.3 Legislación penitenciaria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano los derechos de las personas privadas de libertad están tutelados fundamentalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en julio de 1978 y que actualmente es vinculante para veinticuatro Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). En el caso de los restantes Estados, el instrumento fundamental es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948 e incorporada a la Carta de la Organización de Estados Americanos mediante el Protocolo de Buenos Aires, adoptado en febrero de 1967. Asimismo, todos los demás tratados que conforman el régimen jurídico interamericano de protección de los derechos humanos contienen disposiciones aplicables a la tutela de los derechos de personas privadas de libertad, fundamentalmente, la

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionarla Tortura, que entró en vigor en febrero de 1987 y que actualmente ha sido ratificada por dieciocho Estados Miembros de la OEA.¹²⁷

3.3.1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 prevé diversas disposiciones que obligan a los Estados parte a respetar los derechos de las personas internas en centros de reclusión.

El primero y fundamental es el derecho a la vida y a la integridad de su persona: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.”

Como ya se mencionó, el hecho de que una persona se encuentre en condición de recluso, no lo exime de tener los derechos económicos, sociales y culturales que el Estado está obligado a garantizar, tales como el derecho a la salud, a la educación, a la cultura y al trabajo. A este respecto, la Declaración prevé en sus artículos XI, XII, XIII y XIV:

ARTÍCULO XI.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

ARTÍCULO XII.- Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 107, p. 9.

ARTÍCULO XIII.- Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene, asimismo, derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor.

ARTÍCULO XIV.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

En cuanto a los derechos de las personas al ser privadas de la libertad y sus derechos de seguridad jurídica y debido proceso, la Declaración prevé:

ARTÍCULO XXV.- Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad.

Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

ARTÍCULO XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

3.3.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana

sobre Derechos Humanos y que entró en vigor en 1978 establece en su artículo 1.1, como base de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes que:

“Estos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” sin discriminación alguna. Estas obligaciones generales de respeto y garantía, vinculantes para el Estado con respecto a toda persona, implican para éste un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas en situación de riesgo o vulnerabilidad.¹²⁸

Las personas privadas de la libertad se encuentran en situación de vulnerabilidad, pues en todo momento pueden sufrir una violación a sus derechos. Es por ello que la Convención Americana prevé una serie de derechos para todas las personas independientemente de su condición.

El artículo 4.1 establece el derecho a la vida: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Los derechos de las personas privadas de la libertad se encuentran previstos en los artículos 5° y 7° que a la letra dicen:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 107, p. 17.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Se proscribe cualquier forma de trabajo forzado, sin embargo, el artículo 6.3 establece la diferencia con los trabajos que deba realizar un preso en función del cumplimiento de su pena, los cuales no se consideran forzados:

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado...

Asimismo, el artículo 10° prevé el derecho a la indemnización en caso de error judicial: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

3.3.3 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

De la misma forma que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Convención Interamericana establece que todos los Estados parte deberán erradicar toda forma de tortura en los territorios de su jurisdicción, que todo acto de tortura constituirá delito y que las autoridades tienen prohibido el empleo de la tortura contra personas privadas de la libertad:

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 7

Los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

3.4 Legislación penitenciaria mexicana

México tiene una larga tradición penal sustantiva y adjetiva que parte del siglo pasado.¹²⁹ Ha firmado una gran cantidad de tratados internacionales en materia de derechos humanos que lo han obligado a armonizar su legislación interna con el contenido de dichos instrumentos.

Los avances del derecho internacional en materia de justicia, así como la evolución de la sociedad y sus exigencias, derivaron en la reforma constitucional en materia penal del año 2008, lo cual modificó sustancialmente el sistema de administración de justicia, las normas y lineamientos del sistema penitenciario mexicano a fin de adecuar la Constitución y las leyes reglamentarias a los nuevos estándares de los derechos humanos.

Las funciones y la articulación de las actividades del sistema penitenciario mexicano están plasmadas en el artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley que establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados,¹³⁰ fundamentalmente.

3.4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Reinserción social del delincuente es la finalidad de la pena en México por mandato expreso del artículo 18 constitucional, párrafo segundo, y para obtener esta meta el legislador señala como medios el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, entendidos todos ellos como derechos del infractor penal.¹³¹

El artículo 18 constitucional es la piedra angular del sistema penitenciario mexicano, prevé los principios que rigen a dicho sistema y establece cuáles son las autoridades encargadas del mismo:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad 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. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los

129 Azzolini Bíncaz, Alicia, "Los Derechos Humanos en la prisión", Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, enero 1997, <http://bibliotecadigital.conevyt.org.mx/colecciones/poblacion/reclusos/prision.pdf>

130 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la república mexicana", Recomendación general, no. 18, México, septiembre 2010, http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Recomendaciones/Generales/REC_Gral_018.pdf

131 Márquez Piñero, Rafael, Comentarios a la Ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/957/17.pdf>, p. 311.

derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados 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

reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos 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 reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

3.4.2 Ley que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados

La Ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social de sentenciados surgió el 19 de mayo de 1971, teniendo como objetivo “vigorizar la readaptación social preservando, con carácter primordial, los derechos humanos de las personas y la seguridad pública en general, manteniendo al propio tiempo la coherencia adecuada con los principios de justicia e igualdad.”¹³²

Como ya se mencionó, este documento se encuentra concatenado con el artículo 18 constitucional, párrafo segundo, a fin de establecer los lineamientos para el respeto de los derechos humanos de los reclusos.

Esta ley, se divide en 6 capítulos, los cuales prevén disposiciones sobre: las finalidades, el personal, el sistema, asistencia a liberados, remisión parcial de la pena y normas instrumentales.

¹³² *Ibidem*, p. 312.

El Capítulo I correspondiente a las finalidades de dicha ley, establece en sus artículos 1° y 2° que pretende organizar el sistema penitenciario en la República sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

Asimismo, el artículo 3° prevé que la Secretaría de Seguridad Pública tendrá a su cargo aplicar estas normas en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación y que las normas se aplicarán, en lo pertinente, a los reos federales sentenciados en toda la República y se promoverá su adopción por parte de las entidades federativas mediante convenios de coordinación con el propósito de establecer, cuando así lo aconsejen las circunstancias, sistemas regionales.

También refiere que en el caso de reos indígenas sentenciados, se considerarán los usos y costumbres, así como las circunstancias en las que se cometió el delito, con la restricción relativa a que cuando se trate de reclusos sentenciados por alguno o más de los delitos que prevé la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, no podrá aplicarse esta medida.

El Capítulo II sobre el personal, establece en sus artículos 4° y 5° que para el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario, en la designación del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento se considerará la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos. De igual manera, los miembros del personal penitenciario quedan sujetos a la obligación de seguir, antes de la asunción de su cargo y durante el desempeño de éste, los cursos de formación y de actualización que se establezcan, así como de aprobar los exámenes de selección y permanencia que se implanten.

El Capítulo III sobre el sistema, establece que el tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales, sus usos y costumbres tratándose de internos indígenas, así como la ubicación de su domicilio, a fin de que puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a aquél, esto último, con excepción de los sujetos internos por delincuencia organizada y de aquellos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres quedarán reclusas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados, en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos.

En materia de delincuencia organizada, la reclusión preventiva y la ejecución de penas se llevarán a cabo en los centros especiales, del Distrito Federal y de los Estados, de alta seguridad, de conformidad con los convenios respectivos para estos últimos. Lo anterior también podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos. Lo anterior también podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Por su parte, los artículos 7° y 8° prevén que el régimen penitenciario tiene carácter progresivo y técnico y consta, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se funda en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo.

El tratamiento preliberacional podrá comprender: información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad; métodos colectivos; concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; traslado a la institución abierta; y permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.

El artículo 9° establece la creación en cada reclusorio de un Consejo Técnico interdisciplinario, con funciones consultivas necesarias para la aplicación individual del sistema progresivo, la ejecución de medidas preliberacionales, la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria y la aplicación de la retención.

Los artículos 10°, 11 y 12 prevén los derechos económicos, sociales y culturales de los presos, en tanto que contienen la asignación de los internos al trabajo tomando en cuenta los deseos, la vocación, las aptitudes, la capacitación laboral para el trabajo en libertad y el tratamiento de aquéllos, así como las posibilidades del reclusorio.

La educación que se imparta a los internos no tendrá sólo carácter académico, sino también cívico, social, higiénico, artístico, físico y ético. Será, en todo caso, orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y quedará a cargo,

preferentemente, de maestros especializados. Tratándose de internos indígenas, la educación que se les imparta será bilingüe, para conservar y enriquecer sus lenguas, y la instrucción deberá ser proporcionada por maestros bilingües.

En el curso del tratamiento se fomentará el establecimiento, la conservación y el fortalecimiento, en su caso, de las relaciones del interno con personas convenientes del exterior.

Los demás artículos de esta ley son de carácter procesal y administrativo que permiten la ejecución y buen funcionamiento de las disposiciones anteriores y que, en teoría, deberían garantizar el respeto a los derechos de los reclusos.

3.4.3 Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura

La Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura entró en vigor en el año 1991 en el contexto de la firma de diversos tratados internacionales en la materia.

Esta ley establece en su artículo 1° que su objetivo es la prevención y sanción de la tortura y se aplica en todo el territorio nacional en Materia de Fuero Federal y en el Distrito Federal en Materia de Fuero Común.

El artículo 2° prevé la obligación de las autoridades relacionadas con la procuración de justicia para llevar a cabo programas permanentes relativos a la orientación y asistencia de la población con la finalidad de vigilar la exacta observancia de las garantías individuales de aquellas personas involucradas, en la comisión de algún ilícito penal; la organización de cursos de capacitación de su personal para fomentar el respeto de los derechos humanos; la profesionalización de sus cuerpos policiales; y la profesionalización de los servidores públicos que participan en la custodia y tratamiento de toda persona sometida a arresto, detención o prisión.

Asimismo, el artículo 3° define en qué casos los servidores públicos cometen del delito de tortura:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Los artículos subsecuentes establecen los derechos de las personas sometidas a algún tipo de tortura, tales como: a la revisión de un médico legista, a que toda prueba obtenida mediante tortura carezca de valor probatorio, a la reparación del daño y a una indemnización justa.

3.4.4 Reforma constitucional en materia penal de 2008

La reforma constitucional en materia penal de 2008, fue la consolidación de diversos esfuerzos por ajustar el sistema penal mexicano a los estándares internacionales garantistas, así como para hacer frente a la situación de inseguridad y a la creciente delincuencia organizada. Dicha reforma constituyó un gran avance para muchos, otros la consideraron incompleta e ineficaz; lo que es una realidad es que significó una profunda transformación:

La reforma constitucional en materia penal publicada el 18 de junio de 2008, nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del Ministerio Público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad.¹³³

Concluimos, en cuanto al tema que nos atañe para los efectos de esta investigación, la reforma en comento, modificó el artículo 18 constitucional relativo a la estructura y funcionamiento del sistema penitenciario mexicano, al que incorporó derechos para los reclusos y algunas restricciones para los casos de comisión de delitos de delincuencia organizada.

La primera adición al artículo 18 fue al segundo párrafo, en el que se establece “como objetivo del sistema penitenciario la reinserción del reo a la sociedad por medio de la educación, la salud y el deporte, el cual a la letra dice:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la

¹³³ Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia penal: luces y sombras”, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/8.pdf>, p. 59.

ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Asimismo, se modificó para permitir la celebración de convenios entre la Federación, los Estados y el Distrito Federal para que los sentenciados en el ámbito de su competencia extingan las penas. La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

Se modifica el término de reo por sentenciado, lo cual permite la corrección política para el respeto de los derechos de las personas que se encuentran en esa condición.

Se restringe la posibilidad para compurgar las penas en una prisión cercana a su domicilio en el caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Establece otra restricción para los casos de delincuencia organizada, la cual es abiertamente violatoria de derechos humanos:

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Y por último, se agrega un párrafo relativo a la ejecución de las sentencias de los presos, el cual incorpora la obligación:

Artículo 21. ...

...

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Capítulo IV

La Situación Actual del Sistema Penitenciario Mexicano y la Incorporación de Jueces de Ejecución de Sanciones Penales

4.1 El sistema penitenciario mexicano

El sistema penitenciario mexicano actual, al igual que otros en el mundo, es producto de la evolución del Derecho y la justicia penal. El derecho de castigar, cuya titularidad corresponde al Estado, es precisamente la base de los sistemas penitenciarios que tienen como objetivo fundamental la reinserción social de aquellos que han cometido un delito. Al respecto, Luis Rivera Montes de Oca supone que:

Para poder entender la situación actual del sistema penitenciario vigente, se debe recordar que en tiempos remotos la justicia penal descansó en el principio del castigo al delincuente como sanción de la falta cometida. La primera forma de castigo fue la venganza privada, la cual se transformó en 'venganza divina' y, por último, en venganza pública, en donde el Estado quedó como titular del derecho de castigar, aun sobre el principio de vengar al ofendido.

De ahí surgió el origen de la reparación a la sociedad, donde el delincuente era castigado para que no volviera a cometer delitos y para que su sanción sirviera de ejemplo para disuadir futuros actos delictivos.¹³⁴

Con la evolución del derecho penal ejecutivo surgieron normas novedosas, pero sobre todo objetivas y magnánimas, las cuales se consignan en la Carta Magna vigente, en que sobresale el principio de la reinserción del individuo que comete delito, con el propósito de reintegrarlo a la sociedad libre con capacidad y aptitudes para su desempeño productivo, a fin de evitar su reincidencia.¹³⁵

Es así, que todo sistema penitenciario, para alcanzar dicho propósito, debe actualizarse mediante el reconocimiento de diversas figuras que le permitan adecuarse cada vez más a los estándares mínimos para el tratamiento de los

¹³⁴ Rivera Montes de Oca, Luis, *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma Penitenciaria Mexicana del Siglo XXI*, México, Ed. Porrúa, 2003, p 23.

¹³⁵ *Idem*.

reclusos. “Algunos avances en el sistema penitenciario mexicano se muestran desde que se incorpora el trabajo, la capacitación laboral y la educación como medios sobre los cuales se fundamenta la readaptación e incorpora la individualización del tratamiento, que en un proceso de avances y logros distintos para cada individuo, brinda los elementos para obtener la libertad.”¹³⁶

El artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde 1917, constituye la piedra angular de todo el sistema penitenciario mexicano.¹³⁷

En los años posteriores a la promulgación de la Constitución de 1917, entraron en vigor dos ordenamientos penales para la Federación y el Distrito Federal: los códigos de 1929, debido en buena medida a José Almaraz, y 1931; éste influyó a fondo en la revisión de las leyes penales de las entidades federativas, que al cabo de algunos años prácticamente habían adoptado los principios y hasta los detalles del código de 1931:¹³⁸

Un destacado penalista, Juan José González Bustamante, sostuvo que el efímero código de 1929 fue el primer intento firme para la organización científica de la ejecución de sentencias penales; creó el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, antecesor del Departamento de Prevención Social y de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. Además, ese código... tuvo el mérito indisputable de suprimir la pena de muerte.

Por su parte, el código de 1931 acogió el sistema de clasificación o belga, según Raúl Carrancá y Trujillo. Sin embargo, el país careció por mucho tiempo de ordenamientos suficientes, específicos, sobre ejecución de penas en general, y particularmente acerca de la ejecución de la pena privativa de libertad, que ya entonces era -y seguiría siendo- la sanción "clave" del sistema penal mexicano. Hubo, es cierto, algunos avances nominales; así, la Ley de Ejecución de Sanciones para el Estado de Veracruz, de 1947, y las Bases para el régimen penitenciario y para la ejecución de las sanciones privativas o restrictivas de la libertad, de 1948, del Estado de Sonora.¹³⁹

136 *Idem*.

137 *Ibidem*, p. 24.

138 García Ramírez, Sergio, “El Sistema penitenciario. Siglos XIX y XX”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/95/art/art3.pdf>, p. 379.

139 *Ibidem*, pp. 379 y 380.

Lamentablemente, esos avances fueron insuficientes. A decir de Sergio García Ramírez, en el terreno de los hechos seguía siendo deplorable, en términos generales, el estado de los reclusorios.¹⁴⁰

Pasados los años y siendo un asunto de preocupación nacional en todos los gobiernos pero que no había logrado el consenso suficiente para su resolución, fue hasta 1965 cuando, producto de una tendencia humanista y readaptatoria que comenzó con dichas reformas, se modificó por primera vez el artículo 18 Constitucional, lo cual derivó en el cambio de paradigma del sistema penitenciario mexicano:

En 1965 se registró la primera reforma al artículo 18 constitucional vigente desde 1917, para consignar el propósito del sistema penitenciario mexicano: la readaptación social del delincuente, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Además estableció que las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres, y en cuanto a los menores infractores, dispuso el establecimiento de instituciones especiales. También señaló que los reos sentenciados por delitos del orden común podrán extinguir su condena en establecimientos federales, mediante convenios de carácter general celebrados entre las autoridades de los dos órdenes de gobierno.¹⁴¹

En la misma línea, y con el auge surgido del afán por proteger los derechos de los reclusos a nivel nacional, en 1966 el Estado de México marcó la pauta para el establecimiento de reformas integrales en la materia con la “Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad”. Es así que en el año de 1971 también se da un acontecimiento crucial para la vida penitenciaria mexicana con la creación de la “Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados”:

Los esfuerzos humanitarios y modernistas sobre penitenciarismo, iniciados en el penal de Almoloya de Juárez, Estado de México, a mediados de los años sesenta, nutrieron el contenido y le dieron filosofía a la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 1971, que clasifica los beneficios de la libertad anticipada y también a los centros penitenciarios en tres categorías o niveles, precisándose las bondades del tratamiento preliberacional, la remisión parcial de la pena y otros elementos que distingue a esa legislación a través de un artículo breve, pero no por ello menos trascendente.

Esta ley tenía dos objetivos fundamentales: la reglamentación del artículo 18 Constitucional y la armonización de la legislación penitenciaria nacional a los estándares establecidos en los tratados internacionales de los que México ya

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 380.

¹⁴¹ Rivera Montes de Oca, Luis, *op. cit.*, nota 134, p. 26.

formaba parte. Para algunos tratadistas como Sergio García Ramírez, esta ley “impulsó la formación de la rama jurídica ausente en el sistema penal mexicano: el derecho penitenciario.”¹⁴² “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.”¹⁴³

Por este motivo, se genera un fenómeno de *dispersión normativa*, ya que los Estados de la república comenzaron a crear una ley propia en la materia que, en algunos casos, se apegaba a lo previsto por la ley federal y, en otros, la superaba en contenido y protección de los derechos de los reclusos. “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.”¹⁴⁴

En contraste con lo anterior, García Ramírez considera que “la Ley de Normas Mínimas -así se le denomina generalmente- fijó el propósito de crear un sistema penitenciario realmente nacional; pieza maestra de esta pretensión es la Dirección General de (Servicios Coordinados, originalmente) Prevención y Readaptación Social, dependencia de la Secretaría de Gobernación.”¹⁴⁵

En 1976, el presidente Luis Echeverría inició la segunda reforma al artículo 18 constitucional. Se tuvo en cuenta el movimiento que comenzaba en Europa -no así en América- para permitir el traslado de sentenciados entre el país que pronunció la condena y el país del que era oriundo el reo, con el fin de que la ejecución de la sentencia se cumpliera en éste.¹⁴⁶ Fue así que por primera vez se facultó al Ejecutivo Federal para la celebración de tratados de extradición y, al mismo tiempo, México fue vanguardia en el continente:

Esta reforma al artículo 18 fue innovadora en el derecho americano sobre ejecución de condenas. Permitió resolver constantes problemas en los reclusorios del país, cuya mala situación tradicional se agravaba por la presencia de reclusos extranjeros. El primer tratado sobre esta materia se suscribió con los Estados Unidos de América, país del que eran nacionales la mayoría de los reos extranjeros en prisiones mexicanas; a partir de entonces, México ha celebrado convenios semejantes con numerosos países.¹⁴⁷

¹⁴² García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 138, p. 386.

¹⁴³ Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos*, *op. cit.*, nota 125, p. 38.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 127, pp. 386 y 387.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 389.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 390.

Si bien en los años posteriores no existió una reforma integral nacional en la materia, sí es cierto que la evolución del sistema penitenciario seguía su curso, fundamentalmente debido a las reformas protagonizadas por los Estados de la república:

El progreso de las instituciones penales y penitenciarias en el Estado de México informó otros avances que incidieron sobre el régimen de las penas y su ejecución; primero, en el proyecto de Código Penal para Veracruz, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (1979), y en el Código Penal de la misma entidad (1980); luego, y sobre todo, en las reformas de 1983 al Código Penal federal y del Distrito Federal, que son las más importantes que se hayan incorporado a ese ordenamiento en todo el tiempo transcurrido entre 1931 y 1997, que en su turno influyeron en la revisión de las leyes penales del país y en la adopción de sustitutivos de la prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. De esta forma se inició, con vigor y profundidad, el nuevo capítulo de las sanciones en el sistema mexicano: sustitución de la privación de libertad por medidas restrictivas o no privativas de la libertad.¹⁴⁸

De este modo, hasta antes y después de la reforma penal de 2008, en el país ha permeado una preocupación real sobre la situación de los derechos de las personas internas en centros de reclusión, por lo que:

...se ha intensificado el interés por asegurar el respeto a los derechos humanos en los reclusorios, que son un escenario propicio a la decadencia o el franco desconocimiento de estas prerrogativas fundamentales. De ello dan cuenta sendas atribuciones de vigilancia a cargo del Ministerio Público, federal y local, establecidas en las correspondientes leyes orgánicas, así como las funciones que en este sector cumplen -por conducto de una visitaduría *ad-hoc*, en muchos casos- la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los organismos equivalentes en las entidades federativas, inclusive el Distrito Federal.

De lo anterior se desprende que la ejecución de las penas siempre ha estado a cargo de autoridades administrativas, tanto en el orden federal como en el local. Incluso ahora, después de la reforma penal de 2008, que tuvo el gran acierto de judicializar la ejecución de las penas al establecer en el artículo 21 constitucional que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial, aún son varias las tareas pendientes al respecto, sobre todo en el orden federal y en el Distrito Federal.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 391.

Si bien todas las figuras mencionadas, las modificaciones introducidas a la Constitución Federal con la reforma penal de 2008 y las de la más reciente reforma en materia de derechos humanos de 2011 constituyen un avance fundamental en el rubro, también es cierto que existe una opinión generalizada sobre las profundas fallas del sistema penitenciario mexicano y las constantes violaciones a los derechos humanos de los reclusos. A este respecto, Mercedes Peláez considera que “la hazaña del reconocimiento y positivación de los derechos humanos no ha alcanzado aún a las cárceles mexicanas, es por ello posible hablar -como lo hace Rivera Beiras-, de una devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, y aun más, de la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría: el preso.”¹⁴⁹

No obstante, la reforma penal de 2008 con la modificación constitucional buscó instaurar una nueva concepción que, a pesar de sus incongruencias o retrocesos, persigue judicializar la ejecución de la pena y paliar la profunda crisis en la que se encuentra el sistema carcelario actual.¹⁵⁰

4.1.1 La situación de los reclusorios mexicanos desde la perspectiva de los derechos humanos

Respecto del impacto que las generaciones de derechos humanos han tenido en el medio penitenciario, por lo que se refiere a las condiciones de la ejecución de la pena privativa de libertad y otras medidas similares, y aun por lo relativo a los derechos de los reclusos, podemos decir que no ha sido, respecto de las cárceles mexicanas, tan destacado como es deseable ni necesario y urgente.¹⁵¹

Es conocida la grave situación que se vive al interior de las prisiones, así como los problemas de sobrepoblación, hacinamiento, autogobierno -entre muchos otros- que persisten en su interior.¹⁵²

Actualmente, nada o casi nada proporcionan las colapsadas prisiones a las personas que moran en ellas a fin de que se reinseren a la sociedad; es más, las

¹⁴⁹ Peláez Ferrusca, Mercedes, “Derechos humanos y prisión...”, *op. cit.*, nota 142, p. 522.

¹⁵⁰ González Placencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta, “Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social” en Campos Domínguez, Fernando Gerardo *et al.* (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 373.

¹⁵¹ Peláez Ferrusca, Mercedes, “Derechos humanos y prisión...”, *op. cit.*, nota 141, p. 535.

¹⁵² González Placencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 150, p. 376.

prisiones se han convertido en un mecanismo de exclusión total de la persona.¹⁵³ Lo anterior se produce en un contexto en el que asumimos que la pena de prisión está en “crisis”, al menos como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal.¹⁵⁴

Tal crisis del sistema carcelario mexicano se evidencia a partir de diversos factores negativos, como los siguientes:

- La explotación laboral
- La sobrepoblación
- La carencia de una clasificación penitenciaria
- La arquitectura penitenciaria y su disfunción
- La dispersión normativa
- Las disconformidades y desconciertos que existen en el interior de la institución, por parte de quienes se encuentran reclusos.
- El rol que desempeñan los medios de comunicación, mostrando la realidad de las prisiones (deficiencias), sin que a la fecha, se haya concienciado “plenamente” a la Comunidad de la importancia que tienen quienes se encuentran expurgando un pena privativa de libertad.¹⁵⁵

A decir del autor José Zaragoza Huerta, paralelamente, existen otras causas (jurídicas) que inciden en la crisis de la prisión mexicana, tales como:

- La ausencia de una normativa unitaria garantista, que al propio tiempo, defina los principios que informan al sistema penitenciario, los derechos, las garantías y los deberes de los reclusos.
- La falta de institutos jurídicos que impulsen y garanticen el proceso resocializador, destacándose a la fecha, la figura del Juez de ejecución penitenciaria.
- El manteniendo del registro de antecedentes penales.¹⁵⁶

Hoy en día, en el ámbito punitivo nacional, existe un distanciamiento entre la realidad y la norma; lo que redundo, en la ineficacia de la prisión mexicana (tengamos en cuenta, que la eficiencia de un sistema penitenciario se ratifica: con el respeto a los Derechos Humanos de los internos, los bajos índices de reincidencia, de corrupción y de quebrantamientos de permisos de salida).¹⁵⁷

¹⁵³ *Ibidem*, p. 380.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 377.

¹⁵⁵ Zaragoza Huerta, José, “El sistema penitenciario mexicano: realidad y retos” en Campos Domínguez, Fernando Gerardo *et al.* (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo*.

Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 892 y 893.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 893.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 894.

Dicha ineficacia también es palpable en el estado de indefensión en el que se coloca a los reclusos al no contar con instituciones que se dediquen a proteger y velar sus derechos mientras se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad. A este respecto, los organismos públicos de derechos humanos, tanto el federal como los locales, han protagonizado un papel fundamental, pues pese a no estar facultados para emitir resoluciones de carácter vinculatorio, las recomendaciones e informes que formulan han servido para evidenciar las graves carencias y fallas del sistema penitenciario mexicano en lo que hace a derechos humanos de los internos en centros de reclusión, así como para establecer criterios orientadores basados en los más altos estándares de los derechos convenidos a nivel internacional.

En el caso del orden federal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) se encuentra facultada por el artículo 6° fracción XII de su ley orgánica para conocer de los casos de violación a derechos humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.

En ejercicio de dicha facultad, la CNDH ha emitido diversas recomendaciones generales en la materia como parte de los esfuerzos por hacer valer los derechos de aquellas personas que se encuentran reclusas en algún centro penitenciario del país:

...la número 1, derivada de las prácticas de revisiones indignas a las personas que visitan centros de reclusión estatales y federales, de fecha 19 de junio de 2001; la número 3, sobre mujeres internas en centros de reclusión, de fecha 14 de febrero de 2002; la número 9, sobre la situación de los derechos humanos de los internos que padecen trastornos mentales y se encuentran en centros de reclusión, del 19 de octubre de 2004 y la número 11, sobre el otorgamiento de beneficios de libertad anticipada a los internos, emitida el 25 de enero de 2006.¹⁵⁸

Del mismo modo, con fecha 21 de septiembre de 2010, la CNDH emitió la Recomendación General No. 18 denominada *Sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, la cual da cuenta de las graves violaciones de derechos humanos a las que se encuentran sometidos los reclusos en cárceles mexicanas y, fundamentalmente, está “orientada a modificar las condiciones en que se encuentran los centros penitenciarios para contribuir en el desarrollo de una estrategia penitenciaria que

158 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la república mexicana”, Recomendación General No. 18, México, 21 de septiembre de 2010, http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Recomendaciones/Generales/REC_Gral_018.pdf.

integre la seguridad pública, la finalidad de la pena y el respeto a los derechos fundamentales del interno.”¹⁵⁹

Según lo previsto en dicha recomendación, los resultados del *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP)* -instrumento de evaluación de la Comisión Nacional en el que participan los 32 Organismos Locales de Protección a Derechos Humanos- arrojaron que:

...el sistema penitenciario nacional presenta graves problemas estructurales, pues la gran mayoría de los centros penitenciarios no están en condiciones de cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 constitucional, en el sentido de sustentar su organización sobre la base del trabajo de los internos, la capacitación para el mismo y la educación como medios para lograr la readaptación social del delincuente.¹⁶⁰

Hasta el mes de diciembre de 2009, el sistema penitenciario estaba conformado por 431 centros, de los cuales 322 dependían de gobiernos estatales, 92 de autoridades municipales, 10 del Gobierno del Distrito Federal y 7 del Gobierno Federal,¹⁶¹ los cuales fueron supervisados desde la perspectiva y análisis de los siguientes derechos: “a) los relacionados con la situación jurídica de los internos; b) aquellos que garantizan una estancia digna y segura en prisión; c) su integridad física y moral, d) el desarrollo de actividades productivas y educativas; e) la vinculación social del interno; f) el mantenimiento del orden; g) la aplicación de sanciones; y, h) los derechos humanos de grupos especiales dentro de instituciones penitenciarias.”¹⁶²

Los indicadores que revelaron la situación de las cárceles mexicanas en relación con los derechos mencionados para la elaboración de la Recomendación General en comento, son los siguientes:

1. *Condiciones de internamiento.* Refieren al derecho a la dignidad de los reclusos, el DNSP indicó que el sistema penitenciario en muchos casos no cumple con los estándares para garantizarles una estancia digna y segura en reclusión, es decir, que no reúnen condiciones de habitabilidad, fundamentalmente en lo que hace a la insuficiencia de planchas para dormir o el deterioro de éstas; iluminación artificial insuficiente; estructuras hidráulicas, sanitarias y de drenaje en malas condiciones y que requieren reparación; y fallas en el suministro de agua para el aseo personal y de las estancias. Asimismo, existen deficiencias en las instalaciones para preparar alimentos y en las destinadas a actividades educativas y laborales.

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

2. *Personal.* La CNDH considera que el adecuado funcionamiento de los centros de internamiento se logra con la conducción disciplinada por parte de una autoridad que tenga presencia, que goce de prestigio y que mantenga el orden mediante el respeto a los derechos humanos de los internos.

De acuerdo con la información del DNSP, el 34% del personal de seguridad y custodia no ha recibido capacitación en los últimos 12 meses sobre temas como uso racional de la fuerza, manejo de conflictos, técnicas y tácticas penitenciarias, como debe ocurrir para dar cabal cumplimiento a las obligaciones que se señalan en los diversos reglamentos que rigen el funcionamiento de los reclusorios.

Los centros penitenciarios no cuentan con personal técnico suficiente que participe en la organización de los talleres y proporcione capacitación para el desempeño de las actividades laborales que realizan los internos, así como con profesores para el desarrollo de las actividades educativas y psicólogos para atender las necesidades de la población interna. Todo lo cual, resulta contrario al derecho a la readaptación social de los internos previsto en el artículo 18 Constitucional.

Del mismo modo, se encuentra la falta de personal médico, deficiencias en la atención, el desabasto de medicamentos, inadecuada integración de los expedientes clínicos y no se brinda una atención médica especializada cuando así se requiere, como es el caso de las mujeres; con lo que se vulnera el derecho humano a la salud previsto en artículo 4° Constitucional.

3. *Sobrepoblación.* La población penitenciaria del país, al 31 de diciembre de 2009, ascendía a 224,749 internos; sin embargo, los 431 centros penitenciarios existentes en ese momento tenían una capacidad instalada para albergar a 173,060, por lo que el sistema presentaba una sobrepoblación de 51,689, lo que representaba el 29.86%.

En los últimos 10 años el índice de sobrepoblación se ha mantenido por encima del 23%, lo que hace evidente que el problema va en aumento y que las autoridades del Estado mexicano no están realizando las acciones necesarias para erradicarlo.

En algunos centros de internamiento, la tasa de sobrepoblación es superior al 200%, que de acuerdo con estándares internacionales se le considera como sobrepoblación crítica, ya que incide de manera negativa en la gobernabilidad de los centros y afecta el desarrollo de las actividades que se realizan en el interior.

La sobrepoblación afecta la calidad de vida de los internos, impide que tengan acceso a las oportunidades de trabajo, capacitación para el mismo y educación, así como a la atención médica, psicológica y de trabajo social, necesarios para su readaptación social, incluso puede llevar a situaciones que constituyen un trato cruel, inhumano o degradante, lo cual es incompatible con el respeto a la dignidad humana y contraviene lo dispuesto por el artículo 18, párrafo segundo, y 19, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. *Factores que incrementan la población penitenciaria:*

- a) Formas alternativas de justicia. La política criminal en el país está enfocada en hacer más severa la pena de prisión, sin embargo, hasta el momento no se ha verificado que la sola privación de la libertad reduzca la reincidencia o el delito, por el contrario, derivado de los defectos del sistema, en repetidas ocasiones el sujeto al cumplir la totalidad de la pena impuesta se reincorpora a la sociedad para volver a delinquir.
- b) Duración de los procesos penales. Resulta preocupante la situación de los presos sin condena, los cuales están amparados por el principio de presunción de inocencia y por las garantías del debido proceso, mismo que debe ser expedito, sin afectar por ello el derecho a la defensa. Para ello, resulta apremiante la implementación en todo el país de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, respecto de Sistema Penal Acusatorio Adversarial, de tipo oral de los juicios.
- c) Beneficios de libertad anticipada. Tales beneficios juegan un papel determinante en el proceso de readaptación social, la falta de criterios uniformes a partir de los cuales se definan los lineamientos a seguir en materia de beneficios de libertad anticipada, ocasiona que las disposiciones en cada entidad federativa sean diferentes y, en la mayoría de los casos, se muestran deficiencias en su tramitación.

5. *Problemas que enfrenta la readaptación social:*

- a) Trabajo, capacitación para el mismo y educación. El trabajo además de ser un elemento importante del tratamiento en reclusión, ofrece al interno la posibilidad de contar con una fuente de ingresos, apoyar a sus familias y, según sea el caso, pagar la reparación del daño causado a las víctimas por los delitos cometidos, le permite aprender un oficio lícito que podrá ejercer al momento de obtener su libertad, facilitando su reincorporación a la sociedad.

Las actividades educativas constituyen un elemento fundamental en el tratamiento de los internos, pues les proporcionan la instrucción que generalmente no tuvieron en libertad y les facilitan su reincorporación a la sociedad, al tiempo que contribuyen a reflexionar respecto de su actuar delictivo, así como a la conveniencia de un comportamiento socialmente aceptado.

Al no existir en los centros penitenciarios las condiciones que permitan a los internos garantizar su derecho a la readaptación social sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como vías para la readaptación social, se contraviene lo dispuesto en los artículos 3, párrafo primero; 18, párrafo segundo, y 123, parte declarativa, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10 y 11, de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, así como 65, 66.1, 71.1, 71.3, 71.4 y 72.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

- b) Clasificación de la población penitenciaria. Es un instrumento estratégico para determinar el trato o tratamiento que se debe procurar a cada recluso, con miras a inculcarle la voluntad de vivir conforme a la ley y con ello lograr su readaptación social.

El DNSP muestra que en los centros penitenciarios de Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas, no se lleva a cabo clasificación alguna, o bien, se realiza de manera deficiente.

- c) Autogobierno. Como ya se mencionó, uno de los grandes problemas que existe en nuestro sistema penitenciario es la sobrepoblación, que altera el funcionamiento de las cárceles, lo que dificulta mantener el orden y propicia el autogobierno, entendido como la ausencia de autoridad al interior de un centro, debido a que grupos de internos ejercen control sobre un amplio sector de la población.

La Comisión Nacional considera que el autogobierno es una de las causas que desencadena deficiencias en los reclusorios,

pues permite que en sus instalaciones aumente la incidencia de violaciones a los derechos humanos.

El problema del autogobierno se agrava debido al aumento de internos vinculados con la delincuencia organizada, recluidos en centros estatales y municipales, quienes en repetidas ocasiones controlan a la población penitenciaria, sometiéndola a un régimen personal de favores y privilegios, generalmente mediante el pago de cuotas, situación que es tolerada por algunas autoridades. Es del conocimiento público la existencia de diversas actividades delictivas en las que participan estos grupos de internos, los cuales corrompen a las autoridades con el fin de obtener toda clase de facilidades para organizar o seguir cometiendo delitos graves como secuestro, robo calificado, homicidio y narcotráfico.

6. *Desarticulación del sistema penitenciario.* A partir de los resultados del DNSP, es posible señalar que existe una desarticulación en el sistema penitenciario, situación que ha impedido establecer una política pública de aplicación general que establezca los lineamientos a seguir respecto al tratamiento, condiciones de estancia y seguridad que deben prevalecer en todo centro penitenciario y por tanto cumplir con la responsabilidad de readaptar socialmente a las personas internas.

a) Diferencias estructurales en los centros de reclusión. Se ha detectado que existen diferencias substanciales entre los establecimientos en cuanto a infraestructura, servicios y personal.

Resulta preocupante que la concentración de la población penitenciaria del país sea desproporcionada, a grado tal que en los reclusorios preventivos Oriente, Norte y Sur, en el Distrito Federal; el Centro de Readaptación Social Lic. Jorge A. Duarte Castillo, en Tijuana, Baja California, así como en el Reclusorio Preventivo de Guadalajara y en el Centro de Readaptación Social No.1, de Puente Grande, ambos en el estado de Jalisco, se encuentren 51,649 internos, que representan el 22.98%, mientras que existen 72 establecimientos donde hay hasta 20 personas.

b) Falta de uniformidad de la normatividad que rige los establecimientos penitenciarios. Debido a que la Federación, los estados y el Distrito Federal tienen su propia normatividad en materia penitenciaria, existen en nuestro país 33 legislaciones vigentes, con uno o varios reglamentos, y un sin número de

disposiciones aplicables, tales como manuales, instructivos y circulares.

Entre las consecuencias que ocasiona esta situación, se encuentra la discrecionalidad respecto a la forma en que las autoridades penitenciarias ejercen sus facultades, lo que coloca a los internos en un estado de incertidumbre jurídica, e incide en la presencia de otras irregularidades al interior de los establecimientos, como por ejemplo el abuso en la aplicación de sanciones disciplinarias.

- c) Centros de reclusión que alojan internos de diferentes categorías Jurídicas. La necesidad de garantizar a las personas privadas de la libertad condiciones de estancia digna y segura, así como de mantener el orden y la disciplina en los centros de reclusión requiere necesariamente de una completa separación entre internos de diferentes categorías jurídicas.

Del total de la población penitenciaria nacional, los internos del fuero federal representan el 22.86%, mientras que los del fuero común el 77.14%; de este universo, el 41.07% son procesados y el 58.93% sentenciados.

El DNSP muestra que en algunos centros de reclusión de los estados de Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán, no se lleva a cabo una separación entre procesados y sentenciados.

- 7. *Falta de coordinación entre los sistemas penitenciario y de seguridad pública.* Las autoridades encargadas del sistema penitenciario y las responsables de la seguridad pública realizan tareas que persiguen el mismo objetivo, salvaguardar el orden y la paz públicos, situación que exige el desempeño coordinado de sus funciones.

- a) Falta de vinculación entre las políticas públicas en materia de readaptación social y de seguridad pública. El funcionamiento del sistema penitenciario se ha mantenido desvinculado de las tareas que realizan las instituciones encargadas de la seguridad pública.

Sobre el particular, el vínculo que une a la seguridad pública, al sistema penitenciario y a la readaptación social, es en primer término, conocer la etiología del delito como estrategia para definir las políticas públicas que permitan combatirlo.

En forma adicional, lo que acontece al interior de los centros penitenciarios afecta la seguridad pública, pues grupos de internos que cuentan con el apoyo de personas del exterior continúan delinquiriendo, por lo que son parte activa del fenómeno delictivo en nuestro país.

Sin embargo, tal y como se demuestra en los resultados del DNSP, las condiciones en que se encuentra la mayor parte de los centros que integran el sistema penitenciario del país, que ya han sido analizadas en la recomendación, hacen inviable su cometido fundamental, que es la rehabilitación del delincuente.

- b) Utilización de los centros de reclusión como lugares de contención para delincuentes. Al no cumplir con los supuestos para la readaptación social, los centros penitenciarios se limitan a ser espacios de contención, por lo que se requiere modificar el funcionamiento del sistema para estructurarlo y lograr condiciones que permitan garantizar que los internos puedan conducirse con pleno respeto a la sociedad.

En este sentido, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008, sustituye el concepto de readaptación social, como objetivo del sistema penitenciario, a partir de la obligación de enfocar los esfuerzos de éste hacia la reinserción del sentenciado a la sociedad, a fin de procurar que no vuelva a delinquir.¹⁶³

De lo anterior se desprende que la situación actual de las cárceles mexicanas es indeseable desde la perspectiva de los derechos humanos, e incompatible con lo previsto en los tratados internacionales signados por México y con la propia Constitución Federal.

En ese sentido, el Estado tiene responsabilidad de limitar, contener y erradicar la violencia estructural que existe al interior de las prisiones. Si lo que perseguimos es la efectiva reinserción social entonces hay que combatir el autogobierno, la

¹⁶³ *Idem.*

construcción de redes delincuenciales y los mercados ilegales al interior de las prisiones.¹⁶⁴

A decir de Gerardo Pámanes, la situación de las cárceles mexicanas es cada vez peor, pues adentro todas las cosas son privilegios; todos los privilegios cuestan. Al funcionario corrupto le basta prohibir algo para volverlo privilegio (y negocio). Al interno le es suficiente controlar para lucrar. Entre las actividades lucrativas, destacamos:

Extorsiones: a cambio de “seguridad”, los internos con poder obligan a los familiares de los demás a pagar cuotas, bajo amenaza de golpear a sus parientes;

Privilegios: renta de celdas especiales, habitaciones para visita íntima, comidas a la carta;

Contrabando: ingreso de refrigeradores, televisores, aparatos de aire acondicionado; botellas de alcohol;

Trata de blancas: ingreso de hombres y mujeres con fines de comercio sexual;

Narcotráfico: venta de drogas, incluyendo las más fuertes que, hasta hace pocos años, no se encontraban con facilidad en el sistema carcelario.¹⁶⁵

En opinión de Antonio Sánchez Galindo, los problemas de los centros penitenciarios en México no sólo muestran la incapacidad del Estado para construir un sistema eficiente, sino también el fracaso ante el objetivo fundamental de la prisión, es decir, la readaptación social mediante el respeto a los derechos humanos de los internos previstos en el derecho internacional y sus propias leyes:

El ocio, junto a la sobrepoblación, es también un problema toral: El Estado se encuentra obligado a proporcionar trabajo a todos los internos penados. Sin embargo, este principio de obligatoriedad, para que no únicamente no haya ocio, sino, además, que sirva para una capacitación para el momento de obtener la libertad, crear un fondo de ahorro para la familia, proceder al pago de la reparación del daño y para gastos diversos en el interior del reclusorio y, en ciertos casos, para el auxilio a la víctima del delito, nunca se ha cubierto debidamente, ni siquiera cuando todavía no existía la abrumadora sobrepoblación que hoy impide el más mínimo movimiento positivo en el interior de las prisiones.

¹⁶⁴ González Placencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 150, p.378.

¹⁶⁵ Palacios Pámanes, Gerardo Saúl, “La caída del sistema (Crisis de gobernabilidad en las cárceles de México)”, en Campos Domínguez, Fernando Gerardo *et al.* (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 618.

La Ley obliga a dar trabajo al interno y en la realidad no se da ni con suficiencia ni con eficacia. Si penetramos a las zonas de trabajo, lo que impera es la fabricación de las obsoletas artesanías.

Pero el ocio, no se supera sólo con el trabajo, hay que atender a todo tipo de actividades educativas: la escuela formativa e informativa, el deporte, la religión, la recreación, la planificación de los nexos con el exterior, las visitas familiar, íntima y especial y el establecimiento de controles adecuados para que no se presenten los disturbios: buena alimentación y variada, sexo con responsabilidad, disciplina y respeto a los derechos humanos básicos: salud, nuevamente, trabajo y distracción (deportes, y desarrollo de las bellas artes: teatro, música, pintura, escultura y literatura).¹⁶⁶

A partir de los datos mencionados, podemos interpretar que los derechos humanos más violados de los reclusos en centros penitenciarios mexicanos, son: el derecho a la dignidad humana, a la salud, al trabajo, a la educación, a la readaptación social, a la legalidad y a la seguridad pública.

Al respecto, Luis González Placencia y Julieta Morales Sánchez consideran que la protección de los derechos humanos de los reclusos y el propio sistema penitenciario mexicano pueden fortalecerse mediante el control de legalidad y de convencionalidad, así como con la supervisión judicial de la ejecución de las penas:

Es importante también realizar el control de legalidad y el control de convencionalidad de los actos de la administración penitenciaria que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de la libertad, así como realizar el control judicial de las condiciones de privación de libertad; la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas debe ser periódica y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.¹⁶⁷

Tanto a nivel nacional como en otros países existen resoluciones relevantes sobre la necesidad de dar fiel cumplimiento a los criterios internacionales al interior de los Estados y la materia carcelaria no debe ser la excepción.¹⁶⁸ Sobre todo, frente a una realidad carcelaria desocializadora, inhumana y degradante, el paradigma de la reinserción debe buscar que se respete la dignidad de la persona

¹⁶⁶ Sánchez Galindo, Antonio, "Problemas penitenciarios de hoy y siempre" en Campos Domínguez, Fernando Gerardo *et al.* (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 760.

¹⁶⁷ González Placencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, nota 150, p. 380.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 379.

privada de la libertad y que se inicie un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que las personas reclusas se reconozcan en la sociedad externa y viceversa.¹⁶⁹

De este modo, los criterios más avanzados en la materia, tanto a nivel nacional como internacional, han establecido que los derechos humanos deben ser la base de toda ejecución penal para cumplir con el objetivo principal: la reinserción social. A este respecto, González Placencia y Morales Sánchez expresan:

Sin duda, la ejecución de la pena debe tener como fundamento a los derechos humanos; sólo así lograremos una efectiva reinserción social y un combate eficaz a todas las circunstancias que generan ilícitos a fin de minimizar la incidencia delictiva. Hay que asumir el reto que representa la “crisis” carcelaria. Podemos comenzar erigiendo conjuntamente un paradigma humanista, respetuoso de los derechos y de las diferencias.¹⁷⁰

4.2 Los Jueces de ejecución de sanciones penales

El establecimiento del control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria es producto del principio de legalidad, el cual constituye uno de los fundamentos del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho. Dicho principio abarca principalmente cuatro aspectos, que según Manzanares Samaniego, son el criminal, el penal, el jurisdiccional y el relativo a la ejecución. El panorama que nos ofrece la experiencia demuestra que las tres primeras han sido más o menos respetadas, pero no así en el caso de la ejecución, ya que los jueces y tribunales, a partir de la imposición de la sentencia se desentendían del sujeto condenado, dejando así a cargo de la administración penitenciaria todo lo relativo a la ejecución de la pena, y en el caso, determinar su mayor o menor duración.

En la actualidad, se ha visto que la existencia de jueces de ejecución, fortalece los sistemas penitenciarios al vigilar el respeto a los derechos humanos de los reclusos, e incluso, contribuye al cumplimiento del fin de la pena privativa de la libertad: la reinserción social.

4.2.1 Antecedentes

A continuación señalaremos algunos de los aspectos que históricamente derivaron en que esta figura se haya implementado en los sistemas de justicia penal de la actualidad:

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 375.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 381.

La idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de la libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principios del actual, procede de 1925 cuando Maurice Walles, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales, así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional, la cual aprobó, en 1929, la primera versión de un Conjunto de Reglas para Tratamiento de los Presos que, a su vez, desarrollaba criterios establecidos en los Congresos Penitenciarios Internacionales. Estas condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debe reunir el tratamiento de los reclusos.

Posteriormente, en 1957 por resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, se aprobaron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las que establecieron en la regla 55 denominada Inspección, que: "Inspectores calificados y experimentales, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios. Velarán en particular para que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios correccionales.

También en el ámbito de la comunidad internacional, en el mismo año de 1957, dentro del Consejo de Europa se constituyó un Comité de Expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, el cual posteriormente se convirtió en Comisión Europea de Problemas Criminales, con el propósito de armonizar, entre las diversas legislaciones nacionales, aquellos sectores del derecho penal y penitenciario que fuesen susceptibles de una regulación regional, por lo que, finalmente, por recomendación de Comité de Ministros, se aprobaron las Reglas Penitenciarias Europeas dirigidas a los Estados Miembros con el fin de que adoptasen progresivamente su legislación y su práctica a los principios contenidos en su texto.

Precisamente una de las novedades más importantes de estas Reglas es la relativa a la regulación del control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria (Regla 56.2) destinada a asegurar el respeto de los derechos individuales de los reclusos y en particular, la legalidad de la ejecución de las penas. Este mecanismo de control debería ser ejercido por una autoridad judicial o cualquiera otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos, que no pertenezca a la administración penitenciaria.

De esta manera quedaba formalmente consagrado, en el contexto europeo, el sistema de control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria que sería adoptado por las legislaciones nacionales en los años posteriores.¹⁷¹

Años después, tras la promulgación de la Constitución de 1978, España fue pionera en la incorporación de la figura de *Juez de Vigilancia Penitenciaria*:

En el año de 1979 se sancionó en España, la Ley Orgánica General Penitenciaria, que fue la primera ley promulgada tras la aprobación de la Constitución española de 1978 cuando se produjo el cambio político que inició el tránsito de la dictadura hacia la democracia. La nueva ley, sancionada en el marco de los principios constitucionales propios de un estado social y democrático de derecho, introdujo en España la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. A este órgano jurisdiccional se le atribuyó la importante tarea de salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse. La protección de los derechos fundamentales de los reclusos, de una parte, así como la limitación del poder de la administración de otra, fueron los pilares que habrían de sustentar la interpretación y la aplicación de ese nuevo ordenamiento penitenciario. La presencia de la jurisdicción en el terreno de la ejecución de las penas privativas de la libertad se consagró entonces, de manera explícita, y por primera vez en España, con la aparición de dicha Ley Penitenciaria.¹⁷²

La necesidad de un Juez de Vigilancia era fundamental debido a las malas condiciones del sistema penitenciario español, derivado de la recién terminada dictadura:

La creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria obedeció a diversas razones de política criminal: la dramática situación de los presos en las cárceles, el elevado porcentaje de presos preventivos y la dureza de las penas; la función resocializadora y la voluntad de garantizar los derechos constitucionales de los detenidos, en particular la tutela jurídica a través de los jueces; la facultad/deber de los jueces de hacer ejecutar lo juzgado; las recomendaciones del Comité de Ministros Europeos y los precedentes europeos de la figura del Juez de Vigilancia (Giudice di Sorveglianza den Italia); y a la necesidad de que impere el principio de legalidad hasta la finalización de la ejecución penal.¹⁷³

171 Ramos Herrera, Carlos Iván, "El control jurisdiccional de la ejecución de penas", *Revista Jurídica. Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes*, México, año XII, nueva época, núm. 26, abril-junio 2003, pp. 147-153.

172 *Idem*.

173 *Idem*.

4.2.2 Naturaleza jurídica

La naturaleza administrativa de las normas penitenciarias que permite la intervención de la administración y el desplazamiento total o parcial del control judicial se sustenta, según Mapelli Caffarena, en una sutil diferencia entre cumplimiento y ejecución:

Bajo la idea de ejecución se incluye todos los actos destinados a promover la imposición material del fallo, mientras que cumplimiento equivale a la realización material de la pena. Las decisiones relativas a la ejecución se entienden declarativas y pertenecientes al orden jurisdiccional, en tanto que los problemas de cumplimiento referidos al régimen penitenciario y demás cuestiones no incluidas en el concepto anterior son competencias de naturaleza administrativa y, en consecuencia, compartidas con la administración.

En este sentido, explica el mismo autor, al Juez de Vigilancia Penitenciaria se le asignan dos grupos de funciones: las correspondientes a la ejecución penal en sentido estricto y las correspondientes al control y vigilancia de la actuación de la administración penitenciaria, incluyendo la de aprobar las sanciones de aislamientos superiores a catorce días. También se le asigna la facultad de formular propuestas a la administración a fin de mejorar los servicios, lo cual no debe entenderse en el sentido de que el Juez de Vigilancia aparezca como un órgano consultivo, ya que más bien la administración penitenciaria queda en una posición subordinada, en tanto que ha de procurar la infraestructura necesaria para que los jueces y tribunales puedan cumplir una de sus misiones esenciales: ejecutar lo juzgado; pero aclarando que dicha subordinación sólo implica que la administración penitenciaria está sometida a los fines que la justifican bajo el control de los tribunales, y que a ella competen las funciones de dirección, organización e inspección de los centros penitenciarios.¹⁷⁴

En el mismo orden de ideas, José Zaragoza Huerta plantea que son dos los fines que fundamentan la función de los jueces de vigilancia: fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos:

Dicho en otros términos, el Juez de Vigilancia se configura como la autoridad jurisdiccional que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial en los establecimientos penitenciarios,

174 *Idem.*

es decir, el estricto cumplimiento del citado principio de legalidad ejecutiva plasmada en el artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.¹⁷⁵

Las atribuciones de un juez de control o de ejecución de penas, consisten fundamentalmente en la procuración, bajo criterios humanistas, del cumplimiento de la pena por parte de la persona que ha cometido un delito:

Las facultades del Juez de Vigilancia respecto de la ejecución penal son las siguientes: asunción de las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores acerca de las resoluciones relativas de las penas privativas de libertad, resolver las propuestas de libertad condicional y revocar las que proceden y aprobar las propuestas sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

También le corresponden las funciones de salvaguarda de los derechos de los internos y de corrección de los abusos y desviaciones, que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Ello implica dos tipos de actuaciones judiciales: una obligatoria, la de restituir al interno en su derecho, y otra facultativa, la de formular al centro de una propuesta de reorganización en el supuesto que el abuso, desviación o disfunción detectada, presente características generales; lo que a su vez ocasiona una importante consecuencia: cualquier acto de la administración penitenciaria que vulnere un derecho fundamental de los internos puede ser dejado sin efectos, parcial o totalmente, por el Juez de Vigilancia.¹⁷⁶

En ese sentido, es necesario que la ejecución penal garantice la acción efectiva de los siguientes principios:

1. Seguridad jurídica.
2. Legalidad de la ejecución.
3. Racionalidad, proporcionalidad y equidad.
4. Respeto de la dignidad humana.
5. Personalizaron administrativa de la sanción.
6. Establecimientos adecuados.

¹⁷⁵ Zaragoza Huerta, José, op. cit., nota 155, p. 901.

¹⁷⁶ *Idem*.

7. Igualdad de trato.
8. Interpretación de la norma en el sentido que favorezca a los detenidos, procesados y sentenciados.
9. Aplicación del principio de defensa
10. Mínima aflicción en la ejecución de la sanción o medida de seguridad.
11. Tratamiento individualizado y correspondiente con apego a la orientación constitucional, leyes y tratados internacionales.¹⁷⁷

4.3 La necesidad de incorporar Jueces de ejecución al sistema penitenciario mexicano

Las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, instituyeron el sistema penal acusatorio, en el cual se le dio una mayor participación al poder judicial, no solamente en el proceso, sino antes y después del mismo; es decir, en la averiguación previa, para el control del Ministerio Público; y en la ejecución de las penas, para modificar y determinar la duración de las mismas.¹⁷⁸

No obstante, la situación carcelaria mexicana no podría ser peor, por la manera en que actualmente se ejecuta la pena privativa de libertad por parte de la autoridad penitenciaria mexicana, es posible percatarse de la incapacidad del aparato penitenciario estatal:¹⁷⁹

Es necesario y urgente activar la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos aunque sea mínimamente. Esto es, no se puede seguir permitiendo la vulneración de los derechos más elementales, como la salud o el trabajo remunerado, la dignidad y la alimentación, la seguridad jurídica y la posibilidad de reincorporación social efectiva, por mencionar sólo algunos de los que son mínimamente indispensables para legitimar a la pena privativa de libertad, como opción punitiva, en el marco del Estado de derecho.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Ordaz Hernández, David y Cunjama López, Emilio, "Intercriminis", *Revista de Ciencias Penales. INACIPE*, México, cuarta época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, p. 130.

¹⁷⁸ Uribe Benítez, Oscar, "Las funciones constitucionales del Juez de control en el sistema penal acusatorio" en Campos Domínguez, Fernando Gerardo *et al.* (coord.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 803.

¹⁷⁹ Peláez Ferrusca, Mercedes, "Derechos humanos y prisión...", *op. cit.*, nota 143.

¹⁸⁰ *Idem.*

De acuerdo con el análisis sobre la situación de las cárceles en México, todas las reformas al respecto han constituido avances pero aún son insuficientes para modificar sustancialmente su funcionamiento en favor de los derechos de los reclusos. Según Emma Mendoza Bremauntz, en México existen políticas cada vez más represivas:

...se han aplicado medidas legales que han materialmente excedido las capacidades de las prisiones en México, con una variabilidad que va de 50 a 250% de sobrepoblación, anulando así cualquier posibilidad de educación, tratamiento, preparación para la libertad o como quiera que se haya expresado legalmente como meta de la pena, en atención a los compromisos internacionales de los que el país es parte y al antecedente que a nivel mundial, desde 1971 México había representado frente a toda América Latina, al darse los primeros pasos para la ejecución de las propuestas de la ONU contenidas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.¹⁸¹

En ese sentido y con base en todas las fallas que prevalecen en el sistema penitenciario mexicano, es necesaria la creación de más instituciones dedicadas a la protección de los derechos de los internos. A este respecto, Emma Mendoza supone que:

En realidad, lo más adecuado para explicar y justificar la creación de un Juez dedicado especialmente al control respecto de los derechos fundamentales de los internos y de la ejecución de la sentencia en las prisiones, es en primer lugar tomar conciencia de que los individuos que pueblan las prisiones, independientemente de haber sido sentenciados por haberse comprobado su culpabilidad en la comisión de un acto u omisión sancionado en la ley como delito, conservan una gran cantidad de derechos que constantemente les son violados.¹⁸²

Es cierto que cuando una persona es sentenciada a una pena privativa de libertad, conlleva la privación de algunos derechos relacionados con dicha sanción, sin embargo, ello “no les priva de muchos otros que están contemplados en la Constitución o en las demás leyes y que les son atribuibles en razón de su calidad de seres humanos, además de muchos otros, que no teniendo que ver con el delito cometido o con su condición de internos, no les son afectados y por lo tanto se les deben respetar”:¹⁸³

Este reconocimiento puede ser el primer paso para justificar la creación del Juez de Vigilancia de la Ejecución y quizá el segundo implica el

181 Mendoza Bremauntz, Emma, “El Juez de ejecución penal o vigilancia penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano”, *Criminogenesis*, México, año 3, núm. 6, febrero de 2010, pp. 155-189.

182 *Idem*.

183 *Idem*.

reconocimiento también de la necesidad técnica de que sea una autoridad del mismo nivel y carácter, la responsable de la modificación de los términos de la sentencia.¹⁸⁴

Además, la función jurídica asignada al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin duda no es sólo de carácter jurisdiccional, conlleva actividades administrativas, como la de realizar propuestas a la autoridad penitenciaria para el mejoramiento de las condiciones de las cárceles.¹⁸⁵

En la misma línea, son muchas las ventajas de contar con jueces de ejecución penal, tales como:

- a) Tiene carácter jurisdiccional. Esto significa que cumple con una función inherente a la soberanía del Estado consistente en el deber de otorgar justicia a los ciudadanos.
- b) Esta jurisdicción es garantista, al tener como uno de sus objetivos esenciales, aunque no el único, la protección y tutela de los derechos, fundamentales y ordinarios, de los internos en los centros de reclusión, y es también permanente, ya que se prolonga durante toda la vigencia de la relación jurídica penitenciaria.
- c) Tiene competencia propia, exclusiva y excluyente, desde luego en su ámbito; es decir, no delegada de los órganos jurisdiccionales sentenciadores.¹⁸⁶

Se trata de una institución cuyas funciones son de tres clases, lo cual amplía la protección de los derechos de los reclusos e impone límites a la actuación de las autoridades penitenciarias:

- a) las de inspección, consistentes en la fiscalización sobre la ejecución de las penas de carácter privativo de libertad, ejercitándola mediante visitas a los establecimientos correspondientes cada cierto periodo de tiempo, con la finalidad de detectar si se han observado las disposiciones legales y reglamentarias inherentes; b) las consultivas mediante el dictamen que dicho Juez debe emitir respecto de los puntos de incumplimiento comprobados; c) las deliberativas consistentes en proveer sobre ciertas peticiones de los reclusos respecto a los problemas planteados a través de las formalidades esenciales del procedimiento establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables en la materia.¹⁸⁷

Otro de los beneficios de la incorporación de jueces de ejecución al sistema penitenciario mexicano es que:

184 *Idem.*

185 García Morelos, *op. cit.*, nota 84., p. 53

186 Ramos Herrera, Carlos Iván, *op. cit.*, nota 171

187 *Idem.*

El separar del Poder Ejecutivo la modificación de las sanciones penales y dejar esta facultad al Poder Judicial se configura como un gran avance, apuntando a una evolución en el sistema penitenciario y trato de los prisioneros. Al poner límites a la administración penitenciaria y no permitir más que el gobierno de las prisiones otorguen discrecionalmente los beneficios de libertad condicional, se consagra la relación entre el Estado y la sociedad, ya que ello procurara, por lo menos bajo la esfera del deber ser, que la ejecución penal de los sujetos que han sido sentenciados se lleve conforme a derecho y en estricto apego de los derechos humanos. Si bien esto es lo que se espera del nuevo juez de ejecución penal, los retos que debe enfrentar son grandes y la historia podrá ser testigo de su funcionamiento. A nuestro juicio, son dos los retos principales, el concerniente a la reinserción social y el tema de los derechos humanos.¹⁸⁸

Para ello, Carlos Iván Ramos Herrera propone que el Juez de Ejecución de sanciones penales tenga las siguientes facultades:

- a) Control de legalidad de los actos de la administración penitenciaria.
- b) Ejecución de las penas privativas de libertad.
- c) Atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta.
- d) Salvaguardar los derechos de los internos.
- e) Corrección de los abusos y desviaciones que se susciten en el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias.
- f) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones relativas a las penas privativas de libertad se lleven a cabo en los términos que señalen las leyes.
- g) Aprobar, revocar o suspender las medidas sustitutivas de la pena de prisión así como de los beneficios penitenciarios.
- h) Aprobar las sanciones que se impongan como consecuencia de violaciones a las disposiciones reglamentarias y disciplinarias.
- i) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre dichas sanciones disciplinarias.
- j) Resolver los recursos sobre decisiones respecto a la clasificación inicial durante el régimen penitenciario.
- k) Acordar lo que proceda sobre peticiones o quejas de los internos en relación con el régimen y tratamiento de los internos sujetos a prisión preventiva y prisión punitiva. En cuanto se afecten sus derechos fundamentales, derechos penitenciarios ordinarios o beneficios preliberacionales.
- l) Realizar visitas a los centros penitenciarios para conocer el estado de la prisión y de sus servicios en cuanto a la higiene y salubridad de las celdas, patios, cocina, almacenes, enfermería y zonas de preparación, distribución y consumo de los alimentos, así como entrevistarse con los internos para escuchar sus quejas, peticiones o denuncias, y en su caso, la práctica de algunas diligencias urgentes, como recibir pruebas y testimonios, para resolver de manera preventiva y oportuna sobre las mismas.

¹⁸⁸ Ordaz Hernández, David y Cunjama López, Emilio, "Intercriminis", *Revista de Ciencias Penales. INACIPE*, México, cuarta época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, p. 131.

- m) Resolver las cuestiones que surjan con motivo de la concurrencia de sentencias del orden común o federal en contra de una misma persona.
- n) Resolver sobre los casos de excarcelación temporal de los reclusos cuando ésta requiera por motivos médicos o estrictamente humanitarios.
- o) Señalar el lugar de cumplimiento de la pena de prisión.¹⁸⁹

Si bien ya existen algunas leyes de carácter local sobre ejecución penal que reglamentan lo relativo al funcionamiento de jueces de control, también es cierto que es imprescindible la creación de una ley en la materia de carácter federal. “Debemos mencionar que en México, a la fecha y, no obstante lo preceptuado por la reforma constitucional penal del año 2008, se carece de dicho instituto ya que en la ejecución de la pena privativa de libertad, intervienen diversas autoridades dependientes del Poder ejecutivo.”¹⁹⁰

Por ello, como certeramente apunta Figueruelo Burrieza: “en el moderno Estado de Derecho, es el juez y, en general la potestad jurisdiccional por él ejercida, la mejor garantía para la corrección y medida de los supuestos de delimitación de de los derechos”.¹⁹¹ De modo que la importación de los jueces de ejecución representará grandes ventajas, potenciándose con ello, el reconocimiento y la protección de los derechos de los reclusos y garantizándose el correcto cumplimiento de las actividades en los centros carcelarios.¹⁹²

¹⁸⁹ Ramos Herrera, Carlos Iván, *op. cit.*, nota 171.

¹⁹⁰ Zaragoza Huerta, José, *op. cit.*, nota 155, p. 901.

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² *Idem.*

Capítulo V

Conclusiones

I.

En primer lugar, de la investigación realizada hemos constatado que los criterios más avanzados en materia de derecho penal y derecho penitenciario, a nivel internacional, han establecido que los derechos humanos deben ser la base de todo procedimiento de ejecución penal, ya que constitucionalmente el objetivo primordial de la pena es la reinserción social.

El establecimiento del control jurisdiccional de la ejecución penal o penitenciaria es producto de la aplicación de los principios de legalidad y constitucionalidad de la pena. Estos fundamentos del derecho penal liberal, constituyen un avance significativo para el establecimiento de un estado constitucional de derecho, si hablamos en un lenguaje garantista.

El plano internacional nos ofrece un panorama que demuestra que la existencia de Jueces de Ejecución constriñe a los sistemas penitenciarios a vigilar el respeto a los derechos humanos de los reclusos puesto que se trata de autoridades con el mismo nivel jerárquico, de distinta naturaleza, pero que persiguen la misma finalidad que es la reinserción social.

II.

El diagnóstico elaborado por los distintos organismos de defensa de derechos humanos es coincidente en afirmar las condiciones tan graves que existen en diversos centros de reclusión del país, principalmente a consecuencia del hacinamiento que se ha incrementado en los últimos años. Esta situación ha llegado a tal extremo que ha resultado difícil, sino imposible, para el estado proporcionar servicios básicos de salud y educación, así como asegurar los derechos a la seguridad personal o a la vida a través de la administración penitenciaria.

Esta situación no es un problema nuevo ni exclusivo de México, por lo que a partir de diversos estudios a nivel nacional e internacional se han llegado a explicar las razones que originaron dicho fenómeno, las cuales van desde el ámbito la política criminal, política social y política económica. Sin embargo, lo que nos ocupa en este estudio es lo correspondiente al ámbito jurídico.

Dentro del ámbito del Derecho y desde la perspectiva garantista propuesta por el autor Luigi Ferrajoli, resulta necesaria la implementación de garantías, es decir de mecanismos de exigibilidad de todos los derechos, ya sean fundamentales o derechos objetivos ordinarios. El Juez de ejecución de Sanciones Penales responde a ésta necesidad, ya que con las facultades de que estará investido, para protección y tutela de los derechos fundamentales y ordinarios de los internos, al poner límites a la administración penitenciaria y no permitir más que el gobierno de las prisiones otorgue discrecionalmente beneficios de libertad anticipada, condicional, semilibertad, etcétera, se constituye un avance que apunta hacia una evolución del sistema penal y penitenciario, lo que se traduce en que la ejecución penal de los sujetos que han sido sentenciados se lleve conforme a derecho y en estricto apego de los derechos humanos, pues como pudimos advertir, los individuos que pueblan las prisiones, independientemente de haber sido sentenciados por haberse comprobado su culpabilidad en la comisión de un acto u omisión sancionado en la ley como delito, conservan una gran cantidad de derechos que en la práctica les son sistemáticamente violados.

III.

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, instauró un cambio total a la forma en que se había venido procurando e impartiendo justicia en México desde hace algunas décadas.

Esta evolución ha significado nuevos retos en política pública y criminal para lograr su efectiva aplicación, ya que además de instaurar un sistema de enjuiciamiento penal oral, acusatorio y adversarial, instituyó un sistema de reinserción social con base en los derechos humanos, como lo menciona en el artículo 18 constitucional y en la judicialización de la ejecución de las penas, como lo refiere en el tercer párrafo del artículo 21 constitucional.

Es decir, el tradicional esquema de justicia conformado con el binomio de procuración e impartición de justicia se vio integrado con un tercer componente que es la judicialización de la etapa de ejecución de la sentencia, dentro de un esquema de protección de los derechos fundamentales, desde la primera etapa hasta la última de ellas. Un nuevo modelo de reinserción social, el cual está basado en los beneficios de los sentenciados, que no sólo tienen que ver con la modificación y reducción de las penas, sino también con la judicialización y control de todos los actos de ejecución de las penas y medidas de seguridad.

Cabe señalar, que hasta la fecha de emisión de éste trabajo de investigación no se ha publicado en el Diario Oficial de la Federación un decreto que expida la Ley

Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, que aunque la iniciativa ya ha sido aprobada en la cámara de diputados, no ha llegado a la última etapa del proceso legislativo.

IV.

Con el paso del tiempo seremos testigos del buen o mal funcionamiento del Juez de Ejecución, lo que es una realidad es que es una figura cuya existencia era necesaria y urgente para el sistema penitenciario mexicano. Si bien, es cierto que las causas y soluciones a la problemática expuesta son de diversa índole, también lo es que desde el ámbito jurídico, dentro de una perspectiva garantista se están ideando, implementando mecanismos jurídicos y figuras como el Juez de ejecución que, armonizadas con otras medidas implementadas por la administración penitenciaria como programas de trabajo, estudio y otros servicios; además de las implementadas a otros niveles dentro del ámbito económico, social político y cultural, podrán garantizar que aquellas personas privadas de libertad puedan tener opción a un proyecto de vida digna.

BIBLIOGRAFÍA

1. DEL CAMPO, Carlos Martín. Conf. *Antecedentes de Sistemas Penitenciarios de México y Labor Desarrollada en la Carcel Preventiva del D.F., Dentro del Régimen Actual*. Universidad Autónoma de Hidalgo. México, D.F. 1963. 156 pp.
2. DOSTOIEVSKI, Fedor. *Crimen y Castigo*. 3ª Edición. Editorial Juventud. Barcelona. 1972. 560 pp.
3. FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores Eugenia. *La Pena de Prisión: propuestas para sustituirla o abolirla*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1993. 219 pp.
4. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón; *Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta. España. 2000. 991 pp.
5. FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. Ed. Fontamara. México, D:F. 2004. 249 pp.
6. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo Penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006. 94 pp.
7. FIGUEROA Ocampo, Cristobal. *La Juridicación de la Ejecución de Sentencias en el Sistema Penal Mexicano*. IAPEM. México. 2008. 148pp.
8. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. 18ª Edición. Ed. Siglo XXI. México. 1990. 314 pp.
9. GARBERI Llobregat, José. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Bosch. Barcelona, España. 2008. 283 pp.
10. MORELLO, Augusto M. *El Proceso Justo. Del Garantismo Formal a la Tutela Efectiva de los Derechos*. Abeledo-Perrot. Argentina. 1994. 681pp.
11. ORTIZ Ortiz, Serafín. *Los Fines de la Pena*. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. México. 1993. 227 pp.
12. RIVERA Montes de Oca, Luis. *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma Penitenciaria Mexicana del Siglo XXI*. Ed. Porrúa. México. 2003. 178 pp.
13. ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Ed. Grijley. Lima, Perú. 2007. 562 pp.
14. SANCHEZ Galindo, Antonio. Coord. *Antología de Derecho Penitenciario y Ejecución Penal*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, D.F. 2001. 345pp.
15. SILVA Portero, Carolina. Ed. *Ejecución Penal y Derechos Humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador. 2008. 243 pp.
16. TAMARIT Sumalla, Josep- maría. GARCÍA, Alberto, Ramón. Et.al. *Curso de Derecho Penitenciario*. 2ª Edición. España. 2005. 365 pp.

HEMEROGRAFÍA

17. ALONSO De Escamilla, Avelina. *La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado: Sus relaciones con la Administración Penitenciaria*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Publicación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Tomo XXXIX. Fascículo I. Enero-Abril. MCMLXXXVI. P. 75-88.
18. CIENFUEGOS Salgado, David. *Castigar en tiempos de Garantismo, pluriculturalidad y derecho penal del enemigo*. Lex Difusión y Análisis. 4ª Época. Año XIV. Octubre. 2009. P. 41-46.
19. FERRAJOLI Luigi. *Garantismo y Derecho Penal*. Instituto de Formación Profesional. PGJDF. México 2012. 59 pp.
20. García Morelos, Gumesindo. *Habeas Corpus y Tutela Judicial efectiva de los Derechos Fundamentales de los Reclusos: Hacia una habilitación Procesal*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 28. Bogotá, Colombia. 2002. P. 23-48.
21. GIL, Jorge Raúl. *Análisis de la Figura del Juez de Ejecución Penal*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata. No. 65. Año XLIV. Diciembre. 2004. P. 165-172.
22. MENDOZA Bremauntz, Emma. *El Juez de Ejecución Penal o Vigilancia Penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano*. REVISTA Criminogénesis. Año 3. Número 6. Febrero 2010. México D.F. p. 155-189.
23. MENDOZA Bremauntz, Emma. *La judicialización de la ejecución penal. Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales. No. 3. Año LIX. Porrúa. México, D.F. Septiembre- Diciembre. 1993. P. 77-85.
24. OJEDA Velazquez, Jorge. *Los Jueces de Ejecución de Penas*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. No. 27. México, D.F. 2009. P. 215-235.
25. ORDÁZ Hernández David. CUNJAMA López, Emilio. *La Figura del juez de Ejecución de Sanciones Penales*. Intercriminis. Revista de Ciencias penales. Instituto Nacional de Ciencias Penales. No. 6. Cuarta Época. Noviembre-Diciembre. 2008. México, D.F. p. 125-143.
26. OROPEZA Villavicencio, Eduardo Adolfo. *Origen del Juez Ejecutor de Sentencia en la Legislación Mexicana*. Criminogénesis. Año 3. Número 6. Febrero 2010. México D.F. P. 135-154.
27. PELÁEZ Ferrusca, Mercedes. *¿Juez de Ejecución de Penas, en la más reciente Reforma Constitucional?* El Foro. Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Decimoquinta época. Tomo XXI. Número 2. Segundo Semestre. México, D.F. 2008. P. 169-193.
28. PELÁEZ Ferrusca, Mercedes. *Derechos de los Internos del Sistema Penitenciario Mexicano*. Asamblea Legislativa. México. 2000. 87 pp.
29. RAMOS Herrera, Carlos Iván. *El Control Jurisdiccional de la Ejecución de Penas*. Revista jurídica. Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. No. 26. Nueva Época. Abril-Junio. 2003. Año XII. P. 147-153.

30. RIVERO Evia, Jorge. *¿Aseguramiento o Garantismo? El Derecho penal del enemigo en la Constitución Mexicana*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. No. 27. México, D.F. 2009. P. 253-280.
31. RODRÍGUEZ, Christian, Gilberto. *Del Garantismo al Moderno Derecho Penal*. Intercriminis. Revista de Ciencias Penales. No.19. Cuarta Época. Enero-Febrero. 2011. P. 103-116.