



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

El sistema garantista en la aplicación de la pena en México

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARIANA ISABEL RUIZ MONDRAGÓN

Asesor: LICENCIADO RUBÉN ROSALES FLORES

Santa Cruz, Acatlán, Edo. de México

DICIEMBRE 2016



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.

Agradecimientos

A todas aquellas personas que me ayudaron a cumplir esta meta.

Índice

Introducción.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN DE LA PENA EN MÉXICO

1.1. Antecedentes generales de la pena	7
1.1.1. Fase vindicativa.....	9
1.1.2. Fase expiacionista - retribucionista	12
1.1.3. Fase correccionalista.....	20
1.1.4. Fase resocializante.....	22
1.1.5. La pena privativa de libertad como medio de control social en la historia de México y en la época contemporánea.....	27

CAPÍTULO II. LA CORRIENTE GARANTISTA EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

2.1. ¿Qué es el garantismo penal de Luigi Ferrajoli?	34
2.1.1. Estructura	38
2.1.2. Consecuencias.....	42
2.2. El garantismo en la aplicación de la pena	45
2.3. ¿Qué es la pena y cuál es su diferencia con los conceptos de punibilidad y punición?.....	49
2.4. Las tres tesis de Claus Roxin respecto a la inutilidad de la pena.....	54
2.5. Confrontación del principio de acumulación de la pena y el principio de progresividad.....	58

CAPÍTULO III. FUNDAMENTO LEGAL Y CONVENCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LA PENA EN MÉXICO

3.1. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	62
3.1.1. Análisis teleológico del artículo 18 constitucional.....	67
3.1.2. La influencia del garantismo en el artículo primero constitucional.....	79
3.1.2.1. Derechos fundamentales, derechos humanos y garantías constitucionales.....	86

3.1.2.2. El principio pro persona	91
3.1.3. El principio de proporcionalidad del artículo 22 constitucional	93
3.2. En Tesis y Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados en materia penal	96
3.3. En Tratados Internacionales.....	104
3.4. En el Código Penal Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales	110

CAPÍTULO IV. EL GARANTISMO EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA PENA EN MÉXICO

4.1. Una propuesta de aplicación práctica ante los tribunales de justicia penal en México	116
4.2. El principio de progresividad como parte de la política criminal de un sistema penal garantista.....	136
4.3. El efecto positivo del principio de progresividad en la población carcelaria de nuestro país.....	140
Conclusiones.....	147
Bibliografía.....	150

Introducción

Durante los últimos años gracias a la reforma en derechos humanos, se observa que el Estado Mexicano ha implementado instrumentos tendientes a su protección. Teniendo como resultado el estudio de diferentes conceptos relacionados con los mismos, tales como los derechos fundamentales y las garantías individuales. Debido a su importancia se ha buscado una forma de proteger y garantizar su desempeño. A lo que Luigi Ferrajoli desarrolla una corriente de pensamiento llamada garantismo, la cual se enfoca al estudio y protección de los derechos fundamentales del ser humano, abarcando de igual manera los derechos regulados en materia penal.

Es por ello que mediante la aplicación del garantismo podemos encontrar una solución a los problemas de criminalidad en nuestro país, ya que las soluciones implementadas hasta este momento no han tenido la efectividad que se ha buscado. Por lo tanto se deben de implementar nuevas estrategias para lograr que exista un Estado garantista tendiente a la protección de los derechos fundamentales.

En el presente trabajo se busca una solución al problema de la imposición de penas excesivas que ha sido una tendencia durante los últimos años, ya que se ha incrementado la punibilidad en algunos delitos tales como el secuestro, se han establecido más agravantes, e incluso se han adherido más tipos penales en las legislaciones tanto estatales como federales.

Se ha observado que este tipo de medidas no han sido eficientes para combatir la delincuencia, por lo que se propone una disminución en las penas, tomando en consideración el principio de progresividad, enfocado en una mejor implementación de medidas para evitar que aumente la criminalidad en nuestro país y lograr además una correcta reinserción del delincuente a la sociedad, cumpliendo de manera eficiente lo establecido en nuestro artículo 18 constitucional.

De igual manera se estudia el garantismo desde el enfoque en materia penal, con la intención de encontrar una forma de aplicación del mismo en la pena. Esto se debe principalmente a la necesidad que existe de proteger los derechos fundamentales de toda la sociedad incluyendo a aquellos que han cometido conductas antijurídicas.

En el primer capítulo titulado “Evolución de la pena en México” se estudian las diferentes fases por las que ha atravesado la pena, desde la vindictiva hasta llegar a la resocializante, la cual busca que el delincuente sea reinsertado a la sociedad de la que fue separado por la comisión de un delito. Además se analiza la implementación de la pena como un medio de control social, explicando el motivo de dicha situación y si sus objetivos se han llevado a cabo.

En el segundo capítulo “La corriente garantista en la aplicación de la pena” se desarrolla la teoría del garantismo penal, para poder relacionarlo con nuestro tema principal que es su aplicación en la pena. Debiendo diferenciar la pena con los conceptos de punición y punibilidad, para después pasar al estudio de los principios de acumulación y de progresividad de la pena.

Por lo que respecta al capítulo tercero se hace referencia al fundamento constitucional y convencional para la aplicación de la pena, para así poder pasar a nuestro último capítulo, donde se busca aplicar tanto el garantismo como el principio de progresividad como modelos para llevar a cabo la aplicación de la pena, buscando además formas para implementarlos en la política criminal, y obtener un efecto positivo en la disminución de la población carcelaria en nuestro país.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA PENA EN MÉXICO

1.1. Antecedentes generales de la pena

La pena ha sido empleada como medio de castigo desde épocas remotas, atravesando por diferentes etapas, ya que su aplicación ha ido cambiando debido al reconocimiento e importancia que se le han dado a los derechos del ser humano.

En un principio la pena encontraba su justificación en el sufrimiento del delincuente, ello es así ya que el sufrimiento se consideraba un medio eficaz de expiación y catarsis espiritual.¹

Es importante señalar que la pena ha sido reconocida como una consecuencia inmediata por la realización de un delito, y la imposición de la misma es facultad del Estado a través de sus juzgados y tribunales que se encargan de estudiar los supuestos en los que se presentan conductas constitutivas de delito. Es por ello que la pena no puede ser impuesta a una conducta que no se encuentra tipificada en la ley penal.

Se busca que la pena tenga como finalidad primordial la reinserción social establecida en el artículo 18 constitucional, y no el castigo o represión del delincuente, debido a que en la actualidad se observan constantes violaciones a los derechos humanos y la ineffectividad de la pena de prisión.

La necesidad de la aplicación de una pena debe estar debidamente justificada, al respecto Guissepe Mosconi, menciona:

¹ MELOSSI, Darío y Pavarini, Massimo, Cárcel y fábrica, México, Siglo XXI, 1987, p. 21. Citado por García García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena sistema penitenciario mexicano, México, Miguel Ángel Porrúa, 2010, p. 37.

“La pena se justifica sólo si es idónea, sólo si va a lograr alcanzar efectivamente los fines que se propone. También aquí volvemos a la cuestión de la idoneidad de la pena, a saber, si la pena en los hechos busca reeducar o si busca retribuir, según el principio que se intente afirmar. Sólo en el caso de que logre los objetivos que se ha propuesto, se justifica su aplicación.”²

No obstante algunos autores como Rusche y Kirchheimer han señalado que la pena como tal no existe, sino que solamente existen sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales.³ Al respecto se entiende como sistema al conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; y punitivo a lo perteneciente o relativo al castigo⁴; por lo tanto se puede decir que el sistema punitivo es el conjunto de reglas o principios que rigen un castigo, en este caso el castigo es impuesto por el Estado. Por su parte la pena es definida como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta⁵; no obstante preferimos decir que la pena es la consecuencia por la realización del delito y no un castigo, ya que si fuera de esta forma, solo se buscaría causar un daño al delincuente por la realización de su conducta; de lo anterior podemos concluir que el sistema punitivo es diferente a la pena ya que el primero se considera como el conjunto de reglas que rigen a la segunda.

Ahora bien los fines de la pena han cambiado conforme al tipo de sociedad imperante en determinado momento de la historia y a la forma de gobierno que se esté implementando en dicha sociedad. Por lo que encontramos diferentes fases de desarrollo de la pena, tales como la fase vindicativa, expiacionista- retribucionista, correccionalista y resocializaste⁶, las cuales explicaremos a continuación.

² MOSCONI, Giuseppe, La justificación de la pena: la cárcel y el Derecho Penal mínimo, en la experiencia del penitenciarismo contemporáneo, México, CNDH, 1995, p. 26. Citado por García García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 39.

³ RUSCHE, Georg y Kirchheimer, Pena y estructura social, Bogotá, Temis, 1984, p. 3. Citado por García García Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 81.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/>

⁵ Ídem.

⁶ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 88.

1.1.1. Fase vindicativa

La fase vindicativa obtiene su nombre debido a la implementación de la venganza como medio sancionador por la realización de una conducta antijurídica.⁷ La venganza se caracteriza por involucrar la ira del ofendido, el cual trata de devolver el mismo mal al individuo que lo ha causado; quedando la posibilidad de ejercer o no la acción sancionadora en manos de dicho sujeto.

Guadalupe Leticia García menciona que la venganza trascendía a la familia o grupo de la persona a la que se le causó el mal, lo cual genera excesos al practicarse, ya que no se da oportunidad de probar la inocencia del probable responsable, o en su caso determinar los factores que lo condujeron a realizar dicha conducta.⁸

Debido a su forma de realización la venganza, podía tener como resultado una contravenganza, creando de esta forma un círculo de violencia interminable, provocando inseguridad, separación y peligro dentro de la sociedad.

Se ha observado que dentro de la fase vindicativa se desarrollaron dos formas de venganza, una de ellas privada y otra pública.⁹ Primeramente encontramos a la venganza privada donde la respuesta era individual. Dicha venganza es explicada de la siguiente manera por Malo Camacho:

“El hombre, en lo individual, frente a las situaciones de conflicto que se le presentaban, derivadas de la acción de otro, miembro de su comunidad o de otros grupos primitivos, reaccionaba de manera directa, con una respuesta personal que implicaba su “retribución personal” frente al acto que lo afectaba, y que, naturalmente, reunía las características de una reacción privada o venganza privada.”¹⁰

⁷ Ídem.

⁸ Íbidem. p. 89.

⁹ Ídem.

¹⁰ MALO Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, 2003, p. 157.

Posteriormente la venganza pública se presenta cuando una estructura de poder se va consolidando dentro de los grupos sociales, que alcanzan su estabilización por la implementación de una estructura política y social jerarquizada,¹¹ encontramos entonces que la venganza privada se sustituye cuando se otorga el poder para sancionar, a una persona o grupo de personas.

Este periodo supone la presencia de una estructura social más avanzada, en donde es posible identificar la figura de un Estado.¹² Y gracias a una mejor organización se creó un órgano específico dentro de la estructura de poder, que tomaría la función de dirimir las controversias e imponer las penas correspondientes.

En la venganza pública se emplearon diferentes figuras, tales como la ley del talión, en donde el daño debía ser igual al causado, el Composito, donde se recibía un bien determinado a cambio de evitar la venganza y la Penance, con la que se obligaba al pago de una pena pecuniaria.¹³

Según Rusche y Kirchheimer, tres son los factores que convergen en eliminar el carácter privado del Derecho Penal en la alta Edad Media y transformarlo en instrumento de dominación social los cuales son:

“El primero, el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales; el segundo, la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales, y el tercero y más importante, los intereses de tipo fiscal. Esto es, el intento de obtener ingresos de los fondos de la administración de justicia criminal, constituyó uno de los principales factores de transformar el Derecho Penal, de un mero sistema de arbitraje entre intereses privados, en una parte fundamental del derecho público.”¹⁴

¹¹ Ídem.

¹² GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 89.

¹³ Ídem.

¹⁴ RUSCHE y Kirchheimer, *op. cit.*, pp. 9 y 10. Citado por García García Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 90.

La sociedad ha implementado diferentes formas de reacción en relación al delito, tales como la sujeción, la tortura, la opresión y la muerte del delincuente. En la antigüedad una forma de sujeción fue la implementación de cadenas, con las cuales se perfeccionaba la inmovilización del individuo.¹⁵ Es por ello que el uso de cadenas supone una forma de privación de la libertad, al no dejar que el individuo pueda actuar conforme a sus deseos.

“Las cadenas, finalmente, son un modo de reforzar la detención. Tal vez su principal objetivo fue el de evitar la huida del preso, pero junto con esto, se logra la denigración del individuo, limitando aún más su libertad de movimiento, haciéndole sentir “el peso” de la justicia.”¹⁶

Una de las diversas formas de privación de la libertad durante la fase vindicativa fue el empleo de pozos u hoyos¹⁷, en los cuales el prisionero además de encontrarse retenido también tenía que soportar el fango existente en el fondo del pozo, debido a que éstos generalmente se destinaban para la obtención de agua. Marcó del Pont también hace mención de la utilización de pozos, al referir lo siguiente:

“Al delincuente se le encerraba en un calabozo, que se compara con los pozos, ya que “no tenía más de seis pisos de elevación, y eran tan estrechos que no podía extenderse el delincuente, a quien se mantenía solamente a pan y agua, hasta que su extrema debilidad y flaqueza anunciaban una muerte próxima, pues entonces se les añadía un poco de cebada.”¹⁸

Es así como los pozos podían considerarse una forma indirecta de sujeción, ya que impedían a los prisioneros moverse fuera de él y para poder salir se requería de la ayuda del exterior.

¹⁵ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ MARCÓ DEL PONT, Luis, Penología y sistemas carcelarios. Tomo I. Penología, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 36.

Además de los pozos se crearon las canteras, formadas por altos muros donde solo hubo necesidad de cerrar la entrada para convertirlos en lugares seguros de reclusión.¹⁹

Por su parte las jaulas fueron empleadas como prisiones a lo largo de la historia, donde se custodiaba a una sola persona.²⁰ Las más de las referencias se dan en Alemania:

“En 1268 el arzobispo de Colonia fue expuesto por varios años a las burlas del pueblo dentro de una caja de hierro, por el conde Von Jülich en los muros exteriores de su castillo... En Hamburgo se usaron las jaulas techadas sobre un poste alto, tipo palomar, en el mercado de Colonia había un tipo de jaulas móviles, giratorias.”²¹

De esta forma encontramos diferentes medios empleados para privar de la libertad durante la fase vindicativa, que paso de ser particular a pública; y la cual posteriormente fue reemplazada por la fase expiacionista – retribucionista.

1.1.2. Fase expiacionista – retribucionista

Empezaremos con la explicación de la fase expiacionista para después enfocar nuestra atención a la fase retribucionista. Respecto de la fase expiacionista Melossi y Pavarini refieren que:

“La pena medieval conserva esta naturaleza de equivalencia incluso cuando el concepto de retribución no se conecta directamente con el daño sufrido por la víctima, sino con la ofensa hecha a Dios; la pena no podía agotarse en su concepción primaria de satisfacción del particular, sino que adquiere ahora un sentido de castigo divino. La palabra “expiar” habla de ponerse en paz con Dios. Se ha cometido un pecado (delito) y a través de flagelaciones se logrará el perdón divino.”²²

¹⁹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 93.

²⁰ *Ibíd.*, p. 95.

²¹ *Ibíd.*, p. 94.

²² *Ibíd.*, p. 97.

Tal y como lo mencionan Melossi y Pavarini con anterioridad, en esta fase la pena tiene como finalidad el arrepentimiento del delincuente con dios por la conducta realizada. Al respecto Hentig menciona:

“El pensamiento eclesiástico de que la oración, el arrepentimiento y la contrición contribuyen más a la corrección que la mera fuerza de la coacción mecánica ha sido de una significación duradera. Sabemos poco sobre el mecanismo psicológico de la penitencia. Pero pudiera ser exacto que el recogimiento, conseguido luchando en la soledad de la celda, o en la soledad relativa del convento, renovase (reformase) más fácilmente que en la corriente del mundo.”²³

Con el paso del tiempo la idea de expiación es cambiada por la de retribución²⁴, es decir, se busca una compensación para el grupo social por el daño causado con el delito cometido. Dicha retribución se obtiene a través del trabajo del recluso.²⁵ De esta forma el daño quedará resarcido con el beneficio que se pueda obtener por el trabajo realizado. Al respecto Guadalupe Leticia García menciona:

“La situación que origina la visión del delincuente como productor de beneficios, tiene que ver con la satisfacción de la necesidad de bienes de consumo y la escasez de mano de obra. Las Casas de corrección y las Casas de Trabajo surgen a la par que el mercantilismo avanza en su desarrollo. El condenado se convierte, en términos capitalistas, en medio de producción, propiedad del capitalista.”²⁶

Dentro de las formas de aplicación de la pena en la fase retribucionista encontramos el trabajo en galeras, fortalezas militares, presidios arsenales, presidios en obras públicas, deportaciones y establecimientos correccionales.²⁷

Empezaremos explicando las galeras como una de las tantas formas de utilización del trabajo como retribución. Las galeras eran grandes embarcaciones movidas por

²³ HENTIG, Hans Von, La pena Volumen II Las formas modernas de aparición, Madrid, Espasa-Calpe, s.a., 1968, p. 201.

²⁴ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 98.

²⁵ Ídem.

²⁶ Íbidem, p. 100.

²⁷ Ídem.

remos que manejaban los condenados, esta práctica se orientaba principalmente a aquellos individuos condenados a muerte, a castigos corporales o que eran considerados incorregibles²⁸. Luis Marcó del Pont menciona cómo fueron creadas las galeras:

“El autor del sistema de la galera fue el empresario Jacques Coeur, un armero de galeras, quien el 22 de enero de 1844 consiguió que Carlos VII lo autorizara a tomar por la fuerza a los “vagabundos, ociosos y mendigos”. Después el sistema se fue extendiendo, y en 1940 los tribunales franceses habían ordenado entregar a las galeras a “todos los malhechores que dentro de su jurisdicción y poder habían merecido la pena de muerte, o castigos corporales y también aquellos que escrupulosamente podían ser declarados incorregibles y de vida y conducta perversa.”²⁹

Se ha demostrado que además de las galeras destinadas para los hombres, también existieron galeras para mujeres, pero estas se trataban de prisiones y no de embarcaciones como en el caso de los hombres.³⁰ El uso de galeras para mujeres supone que el empleo del poder punitivo ya no se limitaba solo en contra de los hombres, sino que en vista del incremento de la criminalidad de la mujer fue que se emplearon medidas sancionadoras tanto para hombres como para mujeres. Sin embargo se puede observar que los lugares destinados para compurgar la pena eran diferentes. Marco del Pont nos explica de manera detallada el funcionamiento de las galeras destinadas para las mujeres:

“En las galeras para mujeres se encerraba a las condenadas por vicios, vida licenciosa, prostitución, proxenetismo³¹ y vagancia. El edificio en que ingresaban se denominaba “Casa de la Galera”, y allí se les rapaba el cabello a navaja, las comidas eran muy pobres, y se les aplicaba cadenas, esposas y mordazas, cordeles, etc., para atemorizarlas. En caso de evasión, al ser recapturadas se las herraba y señalaba en la

²⁸ MARCÓ DEL PONT, Luis, *op. cit.*, p. 40.

²⁹ *Ibidem*, p. 41 y 42.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Proxenetismo: Acto u oficio de proxeneta. Proxenetista; Persona que obtiene beneficios de la prostitución de otra persona.

*espalda con las armas de la ciudad, y en la tercera oportunidad eran ahorcadas en la puerta de la galera.*³²

Otra forma de reclusión empleada en la fase retribucionista fue el uso de fortalezas militares, empleadas cuando las galeras entraron en decadencia, ya que en ese entonces la actividad preponderante era la milicia³³, con el empleo de fortalezas militares se puede decir que los condenados estaban bajo disciplina militar, siendo más rígido su tratamiento. Entre las actividades que debía cumplir el delincuente, se encontraban el servicio en armas o ser remitidos para la construcción de fortalezas militares.³⁴

Posteriormente se instauró un nuevo tipo de presidio. Se trata del de obras públicas donde se utiliza a los condenados en la construcción de caminos, carreteras, obras hidráulicas, mantenimiento de puertos, ciudades, entre otras.³⁵

El uso de este tipo de presidios supone la búsqueda de una mejor utilidad para los convictos, es decir, que ya no fueran solamente torturados o empleados en tareas que ya no implicaban un beneficio, sino que ahora se busca que el trabajo forme parte de la pena. En este sentido y debido a las diferentes actividades que realizaban los delincuentes Marco del Pont menciona “*Así se dice que el penado ha sido remero, bombero, minero, bracero, albañil y bestia de carga y arrastre*”.³⁶

Con el transcurso del tiempo surgió la idea de que se debía separar al delincuente de la sociedad honesta, mientras más distancia medie entre ambos más fácilmente se lograría el objetivo material de la segregación, por lo que los delincuentes eran enviados a otras colonias en donde era necesaria la mano de obra.³⁷ Se trató de

³² *Ibíd.*, p. 43.

³³ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 99

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ibíd.*, p. 100.

³⁶ MARCÓ DEL PONT, Luis, *op. cit.*, p. 44.

³⁷ *Ídem.*

una medida mediante la cual los países enviaban a sus delincuentes donde su fuerza de trabajo fuera útil.

La deportación fue uno de los medios de aplicación de la pena donde se dio rehabilitación e integración del liberado en la sociedad en la que compurgó su condena.³⁸ Es así como la deportación tuvo como fin procurar apartar a los delincuentes del lugar donde cometió el delito, lograr una rehabilitación y hacer útiles las tierras lejanas pertenecientes a la nación. Por su parte Hentig hace mención de tres factores coincidentes en la deportación:

“Uno es el alejamiento del penado de un ambiente que le es desfavorable. Otro es la radicación en un contorno que le recuerda poco su delito le ofrece nuevas oportunidades de vida si tiene energías para explotarlas con su habilidad. Finalmente, el clima desacostumbrado plantea a su cuerpo nuevas tareas de adaptación.”³⁹

Para un mejor entendimiento estudiaremos la forma en que se dio este proceso de deportación en diferentes países de Europa.

En Inglaterra esta práctica se inició desde 1597. Inicialmente los delincuentes eran transportados a Estados Unidos, principalmente a las ciudades de Virginia y Maryland.⁴⁰

“Al lado de los auténticos criminales eran deportados indeseables, vagabundos, bribones, mendigos, sujetos con antecedentes penales; entre los mendigos había en el siglo XVIII numerosos pequeños estafadores. Estos indeseables podían ser expulsados del reino invocando una vieja ley de 1597. Dicha ley contiene una instructiva enumeración de las antiguas formas de estafa. A los mencionados se añadían delincuentes políticos y militares, cuáqueros, terroristas irlandeses y escoceses.”⁴¹

³⁸ Idem.

³⁹ HENTIG, Hans Von, *op. cit.*, p.426.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibídem, p. 430.

Debido a la insurrección de las colonias americanas y gracias a las protestas de Benjamín Franklin, Inglaterra dejó de deportar a sus delincuentes a Estados Unidos, para intentar la deportación a África, no obstante casi todos los deportados perecieron por el clima y las epidemias, por lo que se cambia el destino hacia Australia.⁴²

Diversos autores entre los que podemos mencionar a Rusche y Kirchheimer coinciden que la deportación practicada hacia Australia fue de las más exitosas, debido al progreso de los condenados ya que había un medio económico favorable, excelente clima y ausencia de una opinión pública que privase de derechos, debido a que la mayoría de los habitantes eran deportados.⁴³ De esta forma se logró la integración de los ex condenados en todos los planos de la vida en común.

Francia fue otro país que también abandonó el sistema de galeras, adoptando el método inglés de la transportación en 1791, mandando a Madagascar a aquellos delincuentes reincidentes, pero la destrucción de un buque imposibilitó la idea, por lo que se resolvió mandarlos a la Guinea Francesa.⁴⁴

Al igual que Inglaterra, el gobierno francés trató que con la deportación se lograra la expiación del criminal, su moralización, enmienda y la conservación de la sociedad. Se pensaba que el alejar a los individuos los haría reflexionar antes de querer cometer un delito.⁴⁵ Por lo que la deportación se hacía en lugares apartados del hogar del delincuente.

En España las galeras de castigo fueron abolidas en 1748, en cambio se enviaron a los condenados a presidios de África del Norte, Puerto Rico y Cuba. Y en el caso de Portugal las deportaciones se hacían a Brasil.⁴⁶

⁴² MARCÓ DEL PONT, Luis, *op. cit.*, p. 44.

⁴³ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁴ MARCÓ DEL PONT, Luis, *op. cit.* pp. 45 y 46.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁶ *Ídem*.

“Para los penados la deportación significaba una pena eliminatoria o semi-eliminatoria, aun siendo temporal, pues dadas las dificultades del transporte, el regreso una vez cumplida la pena era imposible. Para la corona, en cambio, fue una forma de establecer un medio activo de colonización... Muy pronto los ex penados formaron parte de la naciente colonia, crearon posición económica relevante y ejercieron autoridad, incluso judicial.”⁴⁷

Otro país que practicaba la deportación fue Rusia, dicha figura se presenta con el descubrimiento de plata y en virtud de que hacían falta trabajadores en las minas, enviaron criminales para que cumplieran el resto de su condena en trabajos forzados.⁴⁸

Posteriormente el gobierno usó para la deportación la Siberia oriental y las islas Sajalín, donde surgieron dos clases de deportados, en donde un grupo de delincuentes perdía todos sus derechos, y otro grupo conservaba sus derechos y su ciudadanía.⁴⁹ Hentig hace un estudio mediante el cual determina el número de personas que fueron transportadas a Siberia y cuyas cifras podemos observar a continuación:

“Siberia ha sido el más grande de todos los experimentos que se han hecho con la deportación. Con arreglo a los documentos, es seguro que en sesenta y cuatro años (1825-1887) fueron deportados a las posesiones asiáticas de Rusia 772.979 personas. Su número se estima en 1.450.000 personas para los años de 1754 a 1899.”⁵⁰

Es así como encontramos que en un principio la prisión como pena se usaba para mantener detenidos a los reos hasta el momento de la sentencia; posteriormente se implementó la penitencia como método para el arrepentimiento. Y durante la fase retribucionista el principal objetivo de la reclusión fue el aprovechamiento de la mano de obra del reo.

⁴⁷ NEUMAN, Elías, Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 41.

⁴⁸ *Ibíd*em, p. 43.

⁴⁹ HENTIG, Hans Von, *op. cit.*, p. 438.

⁵⁰ *Ibíd*em, pp. 440 y 441.

Cabe mencionar que durante la etapa retribucionista se empezaron a emplear establecimientos correccionales⁵¹, los cuales se pueden considerar como los precursores de la fase que lleva este nombre (fase correccionalista).

Entre los establecimientos correccionales más representativos encontramos los siguientes: la Casa de Corrección de Bridewell, el Hospicio de San Felipe Neri, el Hospicio de San Miguel y la Casa de Fuerza de Gante.⁵²

La construcción de lugares con fin expreso de prisión se inicia con la House of Correction de Bridewell en Londres en 1552, dicho establecimiento albergaba a aquellas personas que se negaban a trabajar.⁵³

“La casa de trabajo era para ofrecer un trabajo a los pobres y la Casa de Corrección para utilizar la mano de obra de vagabundos y criminales, pero en realidad eran la misma cosa: el delito era la pobreza, y la finalidad, la utilización de su mano de obra.”⁵⁴

De este modo se consideraba que era más conveniente que aquellas personas que cometieran un delito trabajarán, en lugar de aplicarles la pena de muerte o mantenerlos encerrados sin realizar ninguna actividad.

En Italia se crearon el Hospicio de San Felipe Neri y el Hospicio de San Miguel, los cuales se enfocaban en los pequeños infractores; el primero estaba orientado a corregir y albergar a niños vagabundos⁵⁵, y el segundo se destinó a adolescentes para enseñarles un oficio, y con ello formar un género humano listo para ser insertado en el trabajo asalariado.⁵⁶

⁵¹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 112.

⁵² *Ídem.*

⁵³ *Ibíd.*, p. 113.

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 115.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 116.

Por último hablaremos de la Casa de Fuerza de Gante construida en Bélgica, en este establecimiento existieron secciones donde se albergaban a distintas clases de personas: mujeres, mendigos, criminales, entre otros; y aunque se les obligaba a realizar diferentes trabajos, a los internos se les pagaba por su trabajo cuando recuperaban su libertad.⁵⁷ De esta forma se trataba de otorgarle al preso un medio para poder disfrutar de su libertad sin necesidad de volver a delinquir.

1.1.3. Fase correccionalista

Tal y como su nombre lo indica en esta fase se manifiesta como objetivo principal la corrección de los sentenciados, y ya no se busca un beneficio económico como en la fase retributiva explicada con anterioridad.

“En esta fase, como se puede constatar en el Código Criminal francés de 1791, se establece formalmente la pena privativa de libertad como sanción, pero también como condición para obtener la corrección del individuo.”⁵⁸

Los principales regímenes penitenciarios de esta época fueron los de Filadelfia (1790) y de Auburn (1818).⁵⁹ Los cuales explicaremos a continuación.

El sistema penitenciario de Filadelfia tiene su origen con la creación de la colonia de Pennsylvania, Estados Unidos, ya que Guillermo Penn (su fundador) creó un cuerpo de leyes más suaves, donde se limitaba la pena muerte, y se abolía los trabajos forzados, la mutilación y los azotes. Habiendo sido rechazados los trabajos forzados se exige un régimen de total aislamiento, por lo que se inaugura un conjunto de celdas en la cárcel de Walnut Street en Filadelfia.⁶⁰

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ibídem, p. 119.

⁵⁹ Ibídem, p. 120.

⁶⁰ Ídem.

Con el sistema filadélfico se pretende la corrección del individuo a través de un tratamiento que consistía en:

*“Separación de los delincuentes con el objetivo de evitar el aprendizaje de conductas inadecuadas, en tiempo para reflexionar sin poder realizar otra actividad para no distraer la meditación, en anular toda comunicación con otra persona y en el uso de textos bíblicos como guía. Pretendiendo su regeneración y reintegración posterior a la sociedad”.*⁶¹

Se puede decir que este régimen adoptó ciertas reglas de la fase expiacionista, al implementar el uso de textos bíblicos para la corrección del sujeto. No obstante este sistema fracasó, debido al riguroso tratamiento al que eran sometidos los presos, provocando que el individuo entrara en un estado de locura, llevándolo en ocasiones a su muerte.⁶²

Debido al fracaso del sistema instaurado en Filadelfia, en 1820 se instauró en Auburn, Estado de Nueva York, un régimen mixto con elementos del sistema filadélfico entre los que encontramos: aislamiento en celdas por la noche; disciplina severísima; silencio absoluto; y memorización de versículos de la biblia.⁶³

Aunque encontramos en Auburn elementos del sistema filadélfico, se tiene más consideración por los presos, ya que solo se recluían a los sujetos más peligrosos en celdas limitando el aislamiento total. Los penados eran aislados en sus celdas durante la noche para evitar la contaminación de conducta con otros reclusos, y durante el día trabajan en grandes talleres, no obstante siguió exigiéndose que se estuviera en silencio.⁶⁴

⁶¹ *Ibíd.*, p. 124.

⁶² HENTIG, Hans Von, *op. cit.*, p. 21.

⁶³ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 127.

⁶⁴ HENTIG, Hans Von, *op. cit.*, p. 22.

El sistema instaurado en Auburn tenía como prioridad sacar más utilidad del trabajo por el bajo costo que la manufactura implicaba. A pesar de la inclusión del trabajo este sistema fracasó al igual que el filadélfico por la ausencia o exceso del mismo.⁶⁵

Es así como la fase correccionalista aunque intentó disminuir la severidad en las penas, no fue implementada con éxito debido a los excesos en el régimen penitenciario, ya que se buscaba la obtención de una ganancia a expensas del trabajo que realizaban los presos.

1.1.4. Fase resocializante

Durante esta fase se presentan diferentes sistemas que tienen como principal objetivo la reintegración del individuo a la sociedad. Por lo que se habla de una etapa de humanización de las penas,⁶⁶ cuya característica fundamental es el reconocimiento de los derechos del hombre. Con ello se buscaron nuevos criterios de imposición de las penas.

“La pena de prisión, surge de manera más institucionalizada como fórmula punitiva para superar los inhumanos excesos de las penas corporales e infamantes, cuyo sufrimiento y dolor es difícilmente concebible dentro de la concepción actual de la pena.”⁶⁷

En esta fase la pena se desarrolló a partir de las ideas de la reincorporación social y rehabilitación del delincuente⁶⁸, por lo tanto la prisión toma un papel de suma importancia, ya que es en este lugar donde se busca la resocialización del delincuente.

Durante la fase resocializante se emplearon diferentes regímenes penitenciarios, tales como el sistema progresivo, el sistema all’aperto y la prisión abierta, que tenían

⁶⁵ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁶ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 130.

⁶⁷ MALO Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁸ Ídem.

como propósito que al término del cumplimiento de la sentencia el individuo se reintegrara a la sociedad.⁶⁹

Por lo que respecta al sistema progresivo, este se enfocaba en la rehabilitación mediante trabajo y se concedía la libertad al preso dependiendo de la conducta que presentaba durante el confinamiento.⁷⁰ Es así como mediante el trabajo se moldea al individuo para que pueda ser reinsertado a la sociedad.

Dentro del sistema progresivo encontramos los regímenes de Maconochie, Crofton, Montesinos, Reformatorio y Borstal.⁷¹

El régimen de Maconochie toma lugar en la isla de Norfolk, Australia, a dicha isla, se enviaban los criminales más peligrosos, donde motines, fugas y hechos sangrientos se llevaban a cabo dentro del mismo, de tal manera que era considerado como un lugar incorregible. Sin embargo el capitán Maconochie puso en práctica un régimen donde los castigos eran cambiados por premios.⁷² De esta forma se incentiva al reo mediante un sistema de beneficios.

“Maconochie adoptó un método según el cual la duración de la condena se determinaba por la gravedad del delito, el espíritu de trabajo y la buena conducta observada por el penado, otorgándole marcas o vales para acreditar la cantidad de trabajo y la bondad de la buena conducta. El número de marcas para obtener la libertad debía guardar proporción con la gravedad del delito. De esa manera dejaba la suerte de cada uno de los penados en sus propias manos.”⁷³

Debido a los buenos resultados del régimen instaurado por Maconochie, Walter Crofton organizó en Irlanda un sistema progresivo intermedio, en el que se buscaba la certeza de que el individuo estaba en condiciones de recuperar su libertad

⁶⁹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* p. 131.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 132.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² *Ibíd.*, p. 133.

⁷³ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 101.

definitiva, ya que cuando los reclusos salían de las casas de trabajo, eran enviados a diferentes lugares en los cuales trabajaban de forma libre en campos y fábricas.⁷⁴

En este tipo de régimen se vela porque el recluso tenga un lugar de trabajo al salir de prisión, y así tener un sustento para su vida en libertad.

Otro régimen dentro del sistema progresista es el de Montesinos, implementado por el coronel Manuel Montesinos, en España; que se caracterizó por los tratos humanitarios con los presos, la variedad de talleres existentes en la prisión para que el recluso tuviera la oportunidad de realizar el trabajo que más le agradara y un régimen de libertad condicional, realizando trabajos en el exterior que les permitía mantener comunicación con otras personas para obtener posteriormente su libertad definitiva.⁷⁵

Por lo que respecta al régimen reformativo, este se utilizó por primera vez en el reformativo de Elmira, Nueva York. Este régimen estaba orientado a jóvenes y se buscaba que el personal tuviera el conocimiento de todos y cada uno de ellos, para ayudarlos a su reeducación.⁷⁶

“Se le suministra una instrucción de oficios manuales e industriales como preparación para su posterior liberación. Se les conseguía un oficio en el exterior, donde debían trabajar durante seis meses, en los cuales no podían cambiar de oficio y debían mandar informes acerca de la vida que llevaban, una vez pasado este tiempo si el individuo no presentaba conductas que lo hicieran volver a Elmira, se le otorgaba la libertad definitiva.”⁷⁷

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ *Ibíd.*, 135.

Sin embargo este régimen fracasó debido a que el personal era insuficiente, no había suficientes maestros para enseñarles a los jóvenes un oficio que pudieran ejercer después de obtener su libertad.⁷⁸

El motivo del fracaso de este sistema es un problema que persiste en la actualidad, ya que aunque se cree una forma de instrucción para los presos, esta no se puede llevar a cabo sin el personal adecuado para ello, y por la sobrepoblación que existe en los centros penitenciarios.

Un régimen que guarda un gran parecido con el reformativo, es el de Borstal, el cual fue instaurado por Evelyn Ruggles Brise en una antigua prisión del municipio de Borstal en Londres. Ya que también se orientó hacia los jóvenes y se buscaba que el personal se interesara en conocer al menor infractor para poder actuar sobre su personalidad.⁷⁹

“La cárcel de Borstal era considerada como una institución reformativa de jóvenes criminales, que recibían instrucción moral, enseñanza de oficios y tratamiento basado en la disciplina. Los jóvenes eran enviados a diferentes tipos de Borstals, ya fueran de mayor o menor seguridad, rurales o urbanos, esto dependía de los resultados de una observación física y psíquica del mismo.”⁸⁰

En general el sistema progresista buscó llevar al penado a la vida comunitaria y a su libertad, enseñándole diversos oficios y respetando su integridad como ser humano.

Otros sistemas implementados en la fase resocializante fueron el régimen “All’aperto” (al aire libre) y la prisión abierta; los cuales se caracterizan por romper con el esquema de prisiones con muros.⁸¹ Es así que se les concibe como un nuevo

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 117.

⁸¹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 136.

modelo del sistema penitenciario, orientado a establecer mejores condiciones a los presos en el cumplimiento de la sentencia.

En el régimen All'aperto, el trabajo al aire libre ayudaba en la individualización del tratamiento y en la disciplina, además de que beneficiaba en la salud mental de los inculcados,⁸² debido a que se relajaban en un ambiente libre, sin tener que estresarse por el encierro al que se les tenía con anterioridad, y se les enseñaban oficios útiles para lograr su readaptación.

“El trabajo se realizaba en tareas agrícolas, de obras y servicios públicos; y se aplicaba este régimen a sentenciados primarios, ocasionales, de origen rural o con penas cortas.”⁸³

La prisión abierta tiene como base el presupuesto de que la resocialización del condenado es más fácil de lograr en espacios abiertos y descansa en la absoluta confianza depositada en los internos.⁸⁴ Neuman define la prisión abierta de la siguiente manera:

“El establecimiento abierto se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive. Este régimen alienta al recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen sin abusar de ellas.”⁸⁵

Para el buen funcionamiento de la prisión abierta, se requiere de las siguientes condiciones: selección de delincuentes, trabajo preferentemente agrícola, idoneidad del personal, número de reclusos y cooperación con las poblaciones circunvecinas.⁸⁶

⁸² Ídem.

⁸³ MARCÓ DEL PONT, Luis, op. cit., p. 72.

⁸⁴ NEUMAN Elías, op. cit., p. 134.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ibídem, p. 135.

Debido a que la prisión abierta tenía su principal característica en la confianza en los reclusos, se requería que para su éxito se hiciera una selección de delincuentes, de acuerdo a su personalidad y determinar si eran susceptibles de resocialización.⁸⁷

Sin embargo la prisión abierta no fue empleada durante mucho tiempo.⁸⁸ Podemos mencionar que una de las razones por las que la prisión abierta no tuvo éxito, es que se basaba en la confianza; y que se tenía que seleccionar a los reclusos que debían habitar dichas prisiones, con lo cual no se logra obtener un resultado favorable con los reclusos que se consideraban no aptos para dichas prisiones.

De esta forma podemos concluir que en esta fase cada uno de los sistemas implementados se vieron influenciados unos por otros buscando una perfección en la aplicación de la pena, enfocada principalmente a la resocialización del individuo.

1.1.5. La pena privativa de libertad como medio de control social en la historia de México y en la época contemporánea

A lo largo de la historia de nuestro país se han impuesto diferentes tipos de penas, entre las que encontramos la pena privativa de libertad. Durante la época prehispánica, en cuanto a la pena privativa de libertad se mencionan diferentes posturas, ya que la mayoría de los autores niegan la existencia de la prisión como pena y la aceptan sólo como lugar de custodia, hasta que se ejecuta la pena de muerte o se dicta la sentencia.⁸⁹

Posteriormente en la época colonial se presentaron dos tipos de regímenes jurídicos, uno era el del fuero común: que estaba enfocado en delitos comunes estableciendo en cada ciudad o villa una cárcel; y el otro era el del derecho

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 136.

⁸⁹ CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia antigua de México*, México, Porrúa, 1974, pp. 217-220. Citado por García García Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 157.

canónico: que se encargaba de juzgar mediante el tribunal de la inquisición a los religiosos, y a aquellas personas que cometían delitos contra la fe.⁹⁰

En el caso del México independiente la pena privativa de libertad fue enfocada en aquellos individuos que eran considerados males sociales, debido al aumento de mendicidad y vagancia por los constantes conflictos y altibajos sociales que trajo consigo la independencia.⁹¹

La historia de la evolución de las cárceles en México tiene una forma particular de desarrollo. No obstante paso un largo tiempo sin que se diera un verdadero sistema penitenciario, debido a que los edificios destinados a cárcel no eran apropiados, estaban sobrepoblados y reinaba la corrupción.⁹² No obstante en 1967 se dio un importante avance con la construcción del reclusorio en Almoloya de Juárez, en el Estado de México.⁹³

Durante los últimos años la pena privativa de libertad ha sido considerada como un medio de control social.

Para entender mejor esta idea, primero debemos explicar que se entiende por control social. El diccionario de la real academia española define la palabra control como “dominio, mando, preponderancia”, y social a lo “perteneiente o relativo a la sociedad”, por lo que el control social es el dominio que se ejerce sobre la sociedad.

Otras definiciones sobre el control social establecen que se trata del conjunto de instrumentos de que se vale el poder político para dirigir la sociedad.⁹⁴ O del

⁹⁰ MALO Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p.24.

⁹¹ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 136.

⁹² PIÑA y Palacios, Javier, Situación de las prisiones en México, *Criminalia*, año XXVII, núm. 4, INACIPE, 1991, pp. 51 y 52. Citado por García García Guadalupe Leticia, *op. cit.*, 246.

⁹³ ACUÑA Gallardo, Jorge *et al.*, La realidad penitenciaria de México, México, INACIPE, 1974, pp. 113-115.

⁹⁴ CARRILLO Prieto, Ignacio, El Control Social Formal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1.

conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias.⁹⁵

También puede definirse como el conjunto de normas sociales, autoridades, poderes sociales que en diversos niveles influyen en la conducta humana y en sus aspectos externos.⁹⁶

Las anteriores definiciones nos dan una perspectiva general acerca de lo que es el control social, no obstante si queremos abundar un poco más en la materia del derecho penal, el control social debe estudiarse desde dos perspectivas: el control social formal y el control social informal.⁹⁷

“Se dice que hay control social informal cuando no hay en él, objetivamente coercibilidad. Equivale al control social mediato y es, en todo caso, la manipulación ciudadana, a partir de la economía, de lo religioso, de lo educativo, lo recreacional, es decir, con base en las instituciones y los medios de difusión que moldean la opinión pública. Hay en cambio control social formal cuando se materializa en el sistema penal, en sus fases de creación (momento legislativo) de asignación o rotulación (momento judicial) y de ejecución (momento administrativo)”⁹⁸

El control social formal se implementa cuando el control informal no llega a solucionar las violaciones de valores fundamentales para la convivencia social, teniéndose que implementar medidas coercitivas.

Es así como el Estado implementa métodos o mecanismos de control social, que son el conjunto de procedimientos por los que una sociedad, un grupo o un líder personal, presionan para que se adopten o mantengan las pautas de

⁹⁵ *Ibíd*em, p. 6.

⁹⁶ ORDAZ Hernández, David, La Problemática Carcelaria, en página web del Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://www.inacipe.gob.mx>, consultado en abril 20, 2016.

⁹⁷ CARRILLO Prieto, Ignacio, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁸ *Ibíd*em, p. 3.

comportamiento externo o interno y los valores considerados necesarios o convenientes.⁹⁹

Mediante dichos mecanismos se busca que la población no transgreda ninguna norma que pueda llegar a afectar la vida en sociedad, sin embargo dichos medios tienen también como finalidad lograr una disciplina social que resulte benéfica para mantener los organismos del Estado.

En este sentido el objetivo del control social es defender ese estado social que interesa a quienes controlan el poder.¹⁰⁰

La reacción social cuando se constituye como respuesta del Estado puede orientarse hacia la prevención, el control o la represión.¹⁰¹ Se puede decir que el control y la represión están ligados, ya que si no se tiene éxito implementando las medidas y mecanismos de control social, el Estado soluciona este fallo con la represión, que es la respuesta negativa que el Estado y la sociedad dan al comportamiento desviado¹⁰², un ejemplo de ello se da al crear nuevos tipos penales para sancionar conductas que entiende delictivas.

Entonces vemos que el derecho penal es considerado como un sistema de control social general ya que está pensado para la protección de intereses prioritariamente colectivos o sociales.¹⁰³ Sólo secundariamente se piensa también en los derechos del delincuente, ya que este representa intereses individuales, los cuales supuestamente no pueden sobrepasar el interés colectivo, y aunque el derecho también debe limitar el poder punitivo del Estado, esto no se realiza, ya que la mayoría de las ocasiones se imponen sanciones excesivas sacrificando los

⁹⁹ CRUZ Ochoa de la, Ramón, Visiones sobre el crimen y el castigo en América Latina, Colombia, ILSA, 2003, p. 2.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ídem, p. 7.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Ídem, p.10.

derechos humanos de los individuos, provocando de esta forma una afectación irreparable.

Este pensamiento se sustenta en el contrato social de Jean-Jacques Rousseau, señalando que del propio contrato social surgió un derecho a ser respetado y un deber de respetar; donde el delito aparece como lesión de ese derecho.¹⁰⁴

Es así como Rousseau denomina “malhechores” a quienes infringen el contrato social, convirtiéndose en rebeldes y traidores a la patria, quienes cesan de ser miembros de la sociedad por violar sus leyes y hacerle la guerra.¹⁰⁵ Además menciona:

“El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora, bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público...”¹⁰⁶

La idea del contrato social de Rousseau supone que todos los individuos deben de respetarlo y que aquellos que no lo hagan deben de ser suprimidos, siendo acreedores a un castigo. Es así como la pena va a representar una respuesta ante la fractura del contrato social. Sin embargo, el contrato social solo se enfoca en beneficiar al Estado y a la mayoría, sin importar la afectación que se le causa al supuesto infractor del contrato. Este tipo de razonamiento lo encontramos también en nuestro país, ya que se busca eliminar al delincuente recluyéndolo en una prisión durante el mayor tiempo posible, suponiendo que su existencia es innecesaria en la sociedad.

¹⁰⁴ Ibídem, p.11.

¹⁰⁵ ZARAZÚA Martínez, Ángel, Seguridad pública en el contrato social, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 10.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, El contrato social, España, Aguilar, 1981, p. 37.

En este orden de ideas la prisión se comienza a implementar como un lugar de control social, al ser una institución que forma parte del Estado.¹⁰⁷ Al respecto Goffman la define como una Institución total, es decir, un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo considerable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria.¹⁰⁸

Un ejemplo en donde la prisión se instauró como un lugar de control social fue con el panóptico, mediante el cual se buscaba obtener un efectivo instrumento de vigilancia.¹⁰⁹ En donde pudiera observarse en cualquier momento todas las acciones del prisionero.

La palabra panóptico se refiere a un edificio construido de modo tal que permita ver todo su interior desde un solo punto.¹¹⁰ Según Bentham, su creador, el panóptico es:

“Un establecimiento propuesto para guardar a los presos con más seguridad y economía y para operar al mismo tiempo en su reforma moral con medios nuevos de asegurar su buena conducta y de proveer a su subsistencia luego de su liberación”¹¹¹

Al estar vigilado en todo momento se quita al interno cualquier posibilidad de privacidad que pudiera tener, sufriendo la tortura de saberse siempre observado.¹¹² Es de esta forma, como se busca de igual manera tener un control dentro de las prisiones, buscando que no realicen ninguna actividad contraria al régimen instaurado en dicho establecimiento.

¹⁰⁷ ORDAZ Hernández, David, *op. cit.*

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 129.

¹¹¹ NEUMAN, Elías, *op. cit.*, p. 64.

¹¹² GARCÍA García, Guadalupe Leticia, *op. cit.*, p. 130.

Es por ello que se cree que mediante la reclusión, dejaran de existir conductas delictivas, no obstante, tal y como lo menciona Carrillo Prieto, *“Mas leyes, más penas, más cárceles significan más presos pero no necesariamente menos delitos”*¹¹³

Se cree equivocadamente que para obtener un mejor control social se debe recluir a quienes se oponen a él, no obstante es mejor plantear nuevos medios, tales como implementar una correcta reinserción del delincuente a la sociedad, ya que se ha observado que con el aumento de la punibilidad y el empleo de la prisión no se ha evitado la realización de más delitos; si no que lo único que se ha logrado con ella es que aquellos que se encuentran privados de su libertad sufran violaciones a sus derechos humanos y sientan rencor contra el Estado y la sociedad que los recluyeron, llevándolos a reincidir en conductas delictivas.

¹¹³ CARRILLO Prieto, Ignacio, *op. cit.*, p. 7.

CAPÍTULO II. LA CORRIENTE GARANTISTA EN LA APLICACIÓN DE LA PENA

2.1. ¿Qué es el garantismo penal de Luigi Ferrajoli?

El garantismo surge con el nacimiento del estado de derecho, debido al pensamiento jurídico ilustrado que identifica una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo, ya que a pesar de ser incorporados en las constituciones estos vínculos son violados por las leyes y por las practicas arbitrarias de los jueces.¹¹⁴

“En los siglos XVII y XVIII el derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del estado de derecho. Fue con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo del antiguo régimen. Y fue a través de las críticas a los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo los valores de la cultura jurídica moderna al respecto de la persona humana.”¹¹⁵

El pensamiento ilustrado representó el momento más alto de historia de la cultura penalista, porque se le debe la formación de garantías penales y procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho.¹¹⁶ Surgiendo nuevas corrientes de pensamiento en el derecho penal orientadas a la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Para Luigi Ferrajoli el garantismo es un modelo de derecho, no solo de derecho penal, sino de derecho en general, orientado a proteger derechos fundamentales.¹¹⁷

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta 2004, p. 21.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 29.

Pero ¿qué se entiende por derechos fundamentales? son todos aquellos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto se encuentran dotados del status de persona o de ciudadano, y que se encuentran debidamente legitimados por estar normativamente establecidos.¹¹⁸

El garantismo en el derecho penal designa un modelo teórico normativo capaz de minimizar la violencia, no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de la aversión al delito, tales como la venganza privada y las reacciones informales de la policía.¹¹⁹ Dentro del derecho penal, Luigi Ferrajoli menciona que existen dos clases de garantías:

“Las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir, a reducir lo que el poder legislativo puede sancionar; mientras que las garantías procesales se orientan a administrar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo su margen de arbitrio y discrecionalidad.”¹²⁰

Con la aplicación del garantismo se busca minimizar la afectación de los derechos de la persona por parte del poder punitivo. Al respecto Luigi Ferrajoli formula tres tesis sobre la relación e importancia del garantismo en el derecho penal.

“Primera tesis.- Existe un nexo indisoluble entre garantías y la justificación política externa del derecho penal.”¹²¹

Respecto a la primera tesis, Luigi Ferrajoli menciona que la única justificación que puede ofrecerse del derecho penal es reducir o minimizar la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad, no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos y la minimización de las penas.¹²²

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, Colección lecturas jurídicas, México, Serie estudios jurídicos número 34. Universidad Nacional Autónoma de México 2006, p. 20.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 22.

¹²¹ *Ibidem*, p. 23.

¹²² *Ídem*.

Este tipo de pensamiento se contrapone a la concepción tradicional de la pena, que consiste en el deber del delincuente de retribuir a la sociedad por el mal causado, velando principalmente por la seguridad de la sociedad, y dejando de lado la protección de los derechos del delincuente.

“Segunda tesis.- Existe también un nexo igualmente insoluble, entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción.”¹²³

En la segunda tesis Luigi Ferrajoli busca que el Estado conciba una igualdad entre todos los ciudadanos, sean desviados o no y de esta forma garantice sus derechos fundamentales, principalmente el derecho a la vida y a la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general.¹²⁴

“Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la democracia - no antiética, sino complementaria de la democracia política- que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como democracia constitucional o de derecho y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad.”¹²⁵

Por lo tanto se establece que la legitimación del derecho penal reside en las garantías de imparcialidad, teniendo una independencia con la opinión general de la población.

“Tercera tesis.- El garantismo representa la base... de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política, no sólo garantismo, no sólo del derecho penal, sino también del derecho en general, de una teoría de la democracia constitucional.”¹²⁶

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ídem,

¹²⁵ Íbidem, p. 24.

¹²⁶ Íbidem, p. 25.

Como filosofía política el garantismo es una doctrina sobre el deber ser del derecho penal desde un punto de vista externo, por lo que elabora los modelos normativos del derecho penal como sistema de garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas.¹²⁷

Como teoría jurídica, el garantismo se enfoca en el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno, de los principios de justicia incorporados en las constituciones, por lo que va dirigido a identificar los rasgos de invalidez y de incoherencia del modelo constitucional, de la legislación jurídica y de la práctica judicial.¹²⁸

Respecto de la pena Luigi Ferrajoli menciona que se debe buscar una prevención y minimización de las penas arbitrarias. Ya que uno de los principales problemas que se presenta en los Estados democráticos, se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales.¹²⁹ Lo cual se debe principalmente a la creencia errónea de que mientras más altas sean las penas, menos delitos van a ser cometidos.

Es por ello que Ferrajoli propone una política de desprisonalización, consistente en la limitación de la pena de prisión sólo para los delitos más graves y la previsión para el resto, o bien la imposición de penas alternativas, tales como la vigilancia especial y la semi-libertad, que privan sólo parcialmente de la libertad personal; los arrestos domiciliarios y la residencia obligatoria, las cuales privan de la libertad de circulación.¹³⁰

De igual manera y respecto de la punibilidad máxima que se debe de establecer para la pena de prisión, señala que esta debe de ser como máximo de quince o

¹²⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹²⁸ *Ídem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y derecho penal, Un dialogo con Luigi Ferrajoli*, México, UBIJUS, 2010, p. 28.

veinte años y no más.¹³¹ Al respecto podemos hacer referencia al artículo 18 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual menciona los lineamientos para lograr la reinserción social de los individuos que se encuentran compurgando la pena de prisión; y que de acuerdo con lo señalado anteriormente, al implementar el sistema garantista se puede lograr la protección de los derechos fundamentales de los prisioneros al desarrollar medidas tendientes a lograr una correcta y completa reinserción social, tales como la disminución de la punibilidad establecida en nuestra legislación.

2.1.1. Estructura

Luigi Ferrajoli hace mención de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales que definen el sistema garantista.¹³² Los cuales se mencionan a continuación:

“A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine iniuria; A5 Nulla iniuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.”¹³³

Estos axiomas son considerados limitaciones al poder penal del Estado; la incorporación de dichos axiomas en las Constituciones, supone una característica de un Estado de derecho.¹³⁴ También son conocidos de la siguiente manera:

“1) Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) Principio de legalidad; 3) Principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) Principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) Principio de jurisdiccionalidad; 8) Principio acusatorio o de la separación entre juez y

¹³¹ *Ibíd*em, p. 30.

¹³² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 93.

¹³³ *Ídem*

¹³⁴ *Ídem*.

acusación; 9) Principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) Principio contradictorio, o de la defensa, o de refutación.”¹³⁵

El estudio de estos axiomas supone una gran relevancia para el entendimiento del sistema garantista, ya que mediante ellos, se responden preguntas de suma importancia que se plantean en el derecho penal, tales como: ¿Cuándo y cómo castigar? ¿Cuándo y cómo prohibir? ¿Cuándo y cómo juzgar?¹³⁶

Los primeros tres axiomas responden a las preguntas de ¿Cuándo? y ¿Cómo castigar?; mientras que los siguientes tres hacen lo mismo con las preguntas ¿Cuándo? y ¿Cómo prohibir?; y los últimos cuatro responden al ¿Cómo? y ¿Cuándo juzgar?¹³⁷ Dichas cuestiones serán explicadas a continuación.

Luigi Ferrajoli menciona que el problema del cuando castigar se encuentra resuelto por el axioma A1 Nulla poena sine crimine, ya que la pena según este principio es la sanción infringida por la realización del delito que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica.¹³⁸

Por su parte el axioma A2 Nullum crimen sine lege deriva de las doctrinas formalistas ya que consideran los delitos solo aquellos que están previstos por una ley valida como presupuestos de una pena.¹³⁹

“Para la existencia de un delito y para la aplicabilidad de una pena es ciertamente necesaria la previsión de uno y otra por parte de la ley penal, y más exactamente la prohibición del primero y la prescripción de la segunda, de acuerdo con los tres principios clásicos nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege”¹⁴⁰

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem, p. 94.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Ídem, p. 368.

¹³⁹ Ídem, p. 370.

¹⁴⁰ Ídem, p. 371.

Por lo tanto se van a considerar delitos solamente aquellos que se encuentren previstos como tales por una ley vigente al momento de su realización.

Los dos primeros axiomas respondieron a la pregunta de ¿cuándo castigar?, dejando así al tercer axioma A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate, como principal respuesta a la pregunta de ¿cómo castigar? Al respecto Luigi Ferrajoli señala que la pena debe ser necesaria y la mínima de las posibles, tomando en consideración el fin de la prevención de los delitos.¹⁴¹

“Se busca el respeto a la persona humana. Lo único que se puede y debe pretender de la pena es que no pervierta al reo, es decir, que no se haga peor al reo”¹⁴²

Las garantías penales expresadas por los axiomas A4, A5 y A6 (Nulla necessitas sine iniuria; A5 Nulla iniuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa), devienen en los principios de lesividad, de materialidad y de responsabilidad personal, que definen los tres elementos constitutivos de delito: el resultado, la acción, y la culpabilidad.¹⁴³

Para responder a la pregunta de ¿Cuándo prohibir? Se toma en consideración una concepción general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹⁴⁴

“Las prohibiciones, al igual que las penas pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes.”¹⁴⁵

Los axiomas A5 y A6 responden a la pregunta ¿Cómo prohibir? Ya que el contenido de las leyes penales no debe estigmatizar o calificar como reos a un sujeto o a una clase de sujetos a causa de su modo de ser, es decir, no deben existir leyes penales

¹⁴¹ Ibídem, p. 394.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Ibídem, p. 460.

¹⁴⁴ Ibídem, p. 466.

¹⁴⁵ Ídem.

que no regulen comportamientos. Por el contrario, es necesaria la existencia de leyes que establezcan la prohibición o regulación de acciones determinadas, que garanticen la posibilidad de transgresión o de observancia, ya que es la única técnica de control social compatible con la tutela de los derechos fundamentales.¹⁴⁶

Por último, Luigi Ferrajoli menciona que los axiomas A7, A8, A9 y A10 (Nulla culpa sine iudicio; Nullum iudicium sine accusatione; Nulla accusatio sine probatione; Nulla probatio sine defensione) hacen referencia al ¿Cuándo y cómo juzgar?¹⁴⁷

Por su parte el principio de jurisdiccionalidad contenido en el axioma 7 Nulla culpa sine iudicio no expresa únicamente la garantía de la presunción de inocencia del imputado. Si no que tiene el valor de una norma de organización sobre la inderogabilidad del juicio cuando el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena.¹⁴⁸

“La inderogabilidad del juicio penal quiere decir a su vez dos cosas, que el juicio es indeclinable en el sentido de que el juez no puede sustraerse a él, sea cual fuere el sujeto al que hay que juzgar, y que no es fungible, en el sentido de que no puede ser sustituido por otras formas de actividad cognoscitiva o potestativa a cargo de otros sujetos públicos o privados.”¹⁴⁹

Para responder a la pregunta de ¿Cómo juzgar? se ha tomado como modelo ideal el sistema penal acusatorio, el cual abarca los axiomas A8, A9 y A10 de la siguiente manera: el juez actúa como sujeto tercero separado de la acusación, tal y como lo exige el axioma A8, el actor interviene como parte acusadora, sobre el que pesa la carga de la verificación según el axioma A9, y el reo actúa como parte de defensa que tiene el derecho a la refutación de acuerdo al axioma A10.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ibídem, p. 504.

¹⁴⁷ Ibídem, p. 561.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Ibídem, p. 604.

“El método acusatorio tiene su fundamento en el método de prueba y refutación, cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y el reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso, las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión. De este modo resulta una estructura triangular asegurada por las tres garantías procesales antes enunciadas: la formulación de la imputación, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (Nullum iudicium sine accusatione); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (Nulla accusatio sine probatione); el derecho de defensa atribuido al imputado (Nulla probatio sine defensione).”¹⁵¹

2.1.2. Consecuencias

Resulta ser una tarea difícil el poder modelar las técnicas legislativas y judiciales para asegurar la efectividad de la implementación del garantismo en un Estado. Esto se debe a que la eficacia del sistema garantista debe verse reflejado en el momento en que se llevan a cabo en la práctica dichas técnicas¹⁵², se deben de desarrollar medidas mediante las cuales se pueda llevar a cabo la implementación del garantismo, poniendo a salvo los derechos fundamentales de cualquier abuso del poder punitivo del Estado.

Aun cuando el garantismo sea utilizado en un Estado de derecho y sea perfeccionado, van a seguir existiendo anomalías que provoquen que la verificación jurídica de los supuestos legales no pueda ser cierta y objetiva.¹⁵³ Por ejemplo, la interpretación de la ley es el resultado de una serie de razonamientos de los hechos juzgados conforme a diferentes hipótesis, por lo que el juez debe de comprobar en qué supuesto de la ley recae cada conducta y así demostrar porque un hecho es diferente de otro.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 606.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵³ *Ídem*.

A lo anterior se puede agregar la dificultad que implica estudiar la realidad en una época determinada, ya que la sociedad presenta constantes cambios, y los individuos desarrollan o emplean nuevas formas de realización de hechos delictivos, lo que tiene como consecuencia la ineffectividad de las normas.¹⁵⁴

“El modelo penal garantista tiene el fundamental defecto de corresponder a un modelo límite, en amplia medida ideal, porque de hecho nunca ha sido realizado ni nunca será realizable.”¹⁵⁵

Por lo anterior Luigi Ferrajoli considera que el modelo garantista es utópico, sin embargo, menciona que puede ser satisfecho en una mayor o menor medida según las técnicas legislativas y judiciales empleadas, ello se demuestra investigando hasta qué punto interviene el juez en la interpretación de la ley, en la argumentación de las pruebas y en la especificidad de los hechos.¹⁵⁶

De igual manera, para que pueda implementarse el modelo garantista, todos los integrantes de una sociedad deben de procurar el correcto desarrollo y protección de los derechos fundamentales, ya que si cada uno asegura el disfrute y conservación de sus derechos, puede velar por el respeto de los derechos de los demás, logrando el reconocimiento de todos como personas dotadas del mismo valor.¹⁵⁷

Para lograr que el garantismo se pueda emplear en nuestro país se requiere de una refundación por completo del sistema penal, tendiente a restaurar la eficiencia y correcta relación entre legislación y jurisdicción.¹⁵⁸ El principio de legalidad presenta otro defecto importante, generado por la inflación legislativa, cargando al poder judicial de una gran cantidad de procesos que les resulta difícil llevar a cabo,

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, *op. cit.*, p. 942.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵⁶ *Ídem*.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, Garantismo penal, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁸ *Ídem*.

teniendo como resultado que el trabajo sea ineficiente al no prestar mayor atención en los delitos mayormente lesivos de bienes fundamentales.

Es por ello que mediante la aplicación del método garantista se busca una disminución en la punibilidad de los delitos y una reducción en el catálogo de los mismos, dejando solo aquellos que impliquen una protección a los bienes jurídicos más importantes. Con la disminución de la punibilidad se puede lograr además una mejor reinserción social del individuo (lo que será explicado en nuestro último capítulo con más detenimiento).

“Solamente un derecho penal mínimo que tenga como fin único la prevención y castigo sólo de las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil, estará en posibilidad de afrontar estas formas de criminalidad, asegurando al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basan la legitimidad y la credibilidad tanto del derecho como de la jurisdicción penal.”¹⁵⁹

Aunque una refundación total del derecho penal parece improbable no quiere decir que sea imposible, ya que el problema actual es responsabilidad de todos, tanto de juristas, de legisladores y de jueces¹⁶⁰; por lo tanto la implementación de un nuevo sistema puede llevarse a cabo con la cooperación de los tres poderes y de la ciudadanía.

Aunque como menciona Luigi Ferrajoli, “si se perfeccionara el sistema penal y todos los delitos fueran perseguidos y castigados daría como resultado que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o reclusa”.¹⁶¹

Existe también en el derecho penal una crisis enfocada al tema de la seguridad, ya que existe una política represiva orientada únicamente a hacer frente a la criminalidad callejera y de subsistencia, por lo que los delitos de cuello blanco no

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹⁶¹ *Ídem*.

son considerados como un problema de importancia para el Estado. Se trata de reforzar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de los pobres y de los inmigrantes con los delincuentes.¹⁶²

Por ello se busca la existencia de políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación y no el agravamiento punitivo. Ya que la total ineficacia del sistema penal tiene el único efecto de acrecentar el malestar y la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

2.2. El garantismo en la aplicación de la pena

El modelo garantista excluye cualquier valoración moral o política de la subjetividad del reo, porque el juicio penal se funda en la comprobación de la veracidad o falsedad de los hechos,¹⁶³ por lo que el derecho penaliza acciones y no autores, de esta forma se establece que el juez no juzga la moralidad de los reos, sino solamente se limita a comprobar los hechos por ellos cometidos y previstos en la ley como delitos, porque se considera que los hechos son los únicos susceptibles de prueba.

De igual forma el garantismo avoca el principio de legalidad¹⁶⁴, debido a que se califica jurídicamente solo el hecho cometido previsto en la ley como delito y no se busca hacer un juicio sobre la identidad del sujeto.

“La epistemología garantista otorga iguales valores a todos los seres humanos como personas y por tanto excluye, en el ámbito legal y en el judicial, valoraciones que tengan que ver con el carácter del reo, con su moralidad, con su arrepentimiento o actitudes similares, que pertenecen más bien a la epistemología inquisitoria.”¹⁶⁵

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 2010, p. 83.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi, Garantismo penal. *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Ídem.

La calificación jurídica de un hecho como delito depende de la semántica del lenguaje legal, es decir, de la exacta definición por parte de la ley de los comportamientos contemplados como delitos.¹⁶⁶ No obstante dentro de la comprobación del hecho se van a encontrar particularidades que van a diferenciarlo de otros supuestos que se encuentren establecidos en la ley penal, para poder dar una valoración a estas particularidades se va a requerir de la intervención de la capacidad de entendimiento del juez.

Es precisamente en materia penal donde el vínculo de verdad, legalidad y justicia es más estrecho y transparente, ya que se garantiza la inmunidad de la persona inocente frente a castigos arbitrarios.

Debido a la implementación del sistema garantista en la aplicación de la pena, se van desarrollando garantías penales y garantías procesales.¹⁶⁷

“Podemos definir las garantías penales como las reglas que, imponiendo a la ley la exacta connotación empírica de las acciones indicadas por ella como delitos, garantizan en grado máximo, a nivel legal, la comprobación de la verdad jurídica, es decir, las connotaciones de uso de los términos verdadero y falso y la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias que demuestran los hechos previstos como hipótesis con los tipos delictivos contemplados por la ley.”¹⁶⁸

Sin embargo existen grandes espacios de discrecionalidad generados por el déficit de garantías en el sistema judicial, debido a la inflación legislativa y de la indeterminación de tipos penales que han abierto espacios para dejar a criterio del juzgador la resolución de los conflictos.

El principio de estricta legalidad es el único capaz de asegurar la legitimación jurídica, porque permite asegurar la sujeción del juez a la ley, reducir su

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 41.

discrecionalidad y salvaguardar de manera estable su independencia. La claridad y la certeza de las figuras delictivas configuran el modelo garantista del derecho penal mínimo.¹⁶⁹

Por su parte las garantías procesales son aquellas que aseguran la comprobación de la verdad fáctica. Son reglas dirigidas al juez y a los demás actores en el proceso, debido a que hacen referencia a la corrección del razonamiento probatorio.¹⁷⁰

“Podemos definir las garantías procesales, como aquellas que garantizan en mayor medida, a nivel jurisdiccional, la constatación de la verdad factual, es decir, la comprobación de la acusación y el intento por plantear como falsas por parte de la defensa las hipótesis acusatorias, imponiendo las condiciones de su aceptación como verdaderas.”¹⁷¹

Aunque se respeten las garantías tanto penales como procesales, no se puede obtener una verdad objetiva ni cierta, solo relativa y aproximativa, debido a la interpretación judicial y al carácter probabilístico, ya que las cargas de la prueba de una hipótesis ya sea acusatoria o absolutoria se enfocan a producir confirmaciones idóneas para sostener su comprobación como verdadera.

Por lo que respecta a la interpretación judicial se requiere de una ética profesional del magistrado o juez penal, la cual tiene su fundamento en su capacidad para dejar un margen de duda sobre la verdad de una hipótesis, debido a que nunca puede ser comprobada con absoluta certeza, solo puede ser confirmada mediante razonamientos hechos de las pruebas ofrecidas por cada una de las partes.

El derecho penal se va a justificar si previene y minimiza a través de sus normas las ofensas y los sufrimientos infligidos por los delitos y por las reacciones punitivas a

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Ídem.

los delitos. Al respecto Luigi Ferrajoli establece que la pena de prisión debe de ser como máximo de quince o veinte años y no más.¹⁷²

“Después de quince o veinte años una persona es diferente y la función de las cárceles debería ser la reinserción social. La cárcel no debería ser la pena principal, ésta debería ser prevista únicamente para los delitos más graves. En otros casos deberían de imponerse como penas principales medidas alternativas, como la detención domiciliaria o la detención de fin de semana, y solamente la cárcel como extrema ratio. Sólo así el derecho penal recuperaría su credibilidad y sobre todo, podría realizar la detención respetando la dignidad de la persona humana.”¹⁷³

Se debe de tener en consideración que el detenido tiene los mismos derechos que todos nosotros salvo la libertad personal, y por lo tanto tiene el derecho a una condición de vida humana y de respeto de su persona. De esta forma el garantismo mediante dos tipos de implicaciones trata de evitar la configuración en nuestro sistema de un derecho penal máximo, el cual este enfocado en el arbitrio del juez, siendo represivo e ineficiente.

“La primera implicación del modelo garantista de juicio penal es que el nexa postulado por él entre verdad, validez y justicia de los actos jurisdiccionales representa el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en el moderno estado representativo de derecho... La segunda implicación hace referencia a la legitimación del juicio y consiguientemente, del poder judicial. Esta legitimación, si bien es verdad que no se funda sobre el consenso y sobre la representatividad política de los jueces sino sólo sobre la aceptabilidad de las motivaciones de sus decisiones, depende enteramente de las garantías penales y procesales.”¹⁷⁴

Por lo tanto la primera implicación se enfoca en la capacidad que tiene el juzgador para lograr emitir un dictamen de forma imparcial sin estar sujeto a la voluntad de una mayoría, y la segunda en la sujeción por parte del juez de respetar y observar las garantías penales y procesales.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi, Garantismo y derecho penal, Un dialogo con Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, Epistemología jurídica y garantismo, México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 32.

2.3. ¿Qué es la pena y cuál es su diferencia con los conceptos de punibilidad y punición?

En ocasiones se suelen confundir los conceptos de pena, punibilidad y punición porque tienen una estrecha relación, sin embargo, cada uno de ellos poseen diferentes significados; los cuales daremos a continuación.

La pena ha sido definida por diferentes autores, entre los cuales encontramos a Franz Von Liszt, quien señala que la pena se trata del mal que el juez infringe al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.¹⁷⁵

La mayoría de las definiciones que se dan de la pena, la ven como un castigo por la realización de un delito, sin embargo, debe buscarse un equilibrio en relación a la gravedad del ilícito y la pena que se impone. Greocio y Reyes la definen de la siguiente manera.

*“Greocio: poena est malum passionis quod inflingitur ob malum actionis: Se trata de un mal que se impone al delincuente como reacción al causado por el mismo.
Reyes: En sentido jurídico, la coartación o supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable de una infracción penal.”¹⁷⁶*

No obstante Beccaria la concibe de una forma diferente, ya que menciona que es “un estorbo político que pretende imponerse en el proceso de aparición de la conducta delictiva, sin destruir la causa impelente.”¹⁷⁷ En su definición encontramos que Beccaria no concibe la pena como un medio para prevenir los delitos.

¹⁷⁵ CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 13ª ed., México, Porrúa, 1979, p. 307.

¹⁷⁶ SANDOVAL, Huertas, Emiro. Penología, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 35-38. Citado por García García, Guadalupe Leticia, *op. cit.* pp. 30 y 31.

¹⁷⁷ Ídem.

En un principio con la pena se buscaba una retribución por la comisión de un delito, debido a la concepción de que el mal no puede ni debe quedar sin castigo. Este tipo de concepción de la pena se centra en el valor de la justicia, y no en encontrar fines de la pena útiles para la sociedad, como son: el combate al aumento de la delincuencia y garantizar la seguridad ciudadana.¹⁷⁸

Un punto importante es que no se debe de castigar más allá de la gravedad del hecho cometido, es decir, los delitos más graves se deben de castigar con penas más severas que los menos graves, existiendo de esta forma una proporcionalidad entre delito y pena, debido a que se tiende a agravar las penas de forma irracional, provocando una vulneración en los derechos fundamentales de los delincuentes.

Se busca que las penas tengan una impresión más eficaz en la sociedad y menos dolorosa sobre el estado físico y mental del delincuente. No obstante resulta falso pensar que es posible reducir en su totalidad la realización de las conductas antijurídicas, ya que, primero deben disminuirse los motivos por los cuales los individuos se conducen contra derecho.

También es tarea del legislador centrarse en los valores jurídicos que realmente deben ser protegidos, porque de lo contrario se cae en el error de crear leyes que no tienen trascendencia jurídica.

“Para evitar la realización de los delitos las leyes deben ser claras y simples, y que toda la fuerza de la nación este empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Hacer que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos.”¹⁷⁹

En general la pena tiene como finalidad la salvaguarda de la sociedad, evitar la delincuencia y crear una reinserción en la sociedad de los delincuentes.

¹⁷⁸ CASTELLANOS, Fernando, *op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁹ BECCARIA, Tratado de los delitos y de las penas, 7ª Edición, México, Porrúa, 1997, p. 195.

La aplicación de la pena trae consecuencias de carácter económico, afectivo, y social que afectan a la familia del delincuente.¹⁸⁰ En el aspecto económico el sentenciado deja de proveer de recursos necesarios para la manutención de su grupo familiar. En lo afectivo se le impide que mantenga relación continua con su familia. Y en lo social se da un efecto difamante, por los perjuicios que existen en la sociedad.

La prontitud de la pena es un factor de suma importancia, ya que se evita en el delincuente los tormentos por la privación de la libertad. El tiempo debe ser medido por la duración del proceso, procurando la pronta y expedita impartición de justicia.

Respecto a la punibilidad, en un principio algunos autores consideraban que la misma es una consecuencia del delito y no un elemento del mismo, ya que solo se contemplaban la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad como elementos del delito, estipulando que si el delito estaba penado o no por una ley era solo una consecuencia por el hecho realizado.¹⁸¹

En la actualidad se ha estipulado que la punibilidad es un elemento del delito, consistente en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

“Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la punibilidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal...”¹⁸²

¹⁸⁰ MIR Puig, Santiago, Estado, pena y delito, Buenos Aires, B de F Montevideo, 2006, p. 101.

¹⁸¹ CASTELLANOS, Fernando, *op. cit.*, p. 268.

¹⁸² Ídem.

Cuando se habla de los elementos del delito, se debe de mencionar que existen tanto elementos positivos como negativos del mismo; por lo que respecta a la punibilidad, esta se trata de un elemento positivo del delito, mientras que las excusas absolutorias representan el elemento negativo de la punibilidad, ya que son aquellas circunstancias que la excluyen sin afectar lo ilícito y la culpabilidad de la conducta, es decir, no se borra el carácter delictivo del acto.

Las excusas absolutorias surgen debido a la necesidad de que el Estado no sancione ciertas conductas por razones de justicia o equidad. Las excusas absolutorias se basan en las relaciones entre las partes en el delito o en la peculiaridad de la conducta concreta de un sujeto. Augusto Köhler las define como:

“Circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la imposibilidad de imponer una pena al autor.”¹⁸³

Una característica que diferencia a las excusas absolutorias de los demás elementos negativos del delito es que éstas se encuentran establecidas en el tipo penal. Un ejemplo de excusa absoluta lo encontramos en el artículo 400 del Código Penal Federal, que establece el delito de encubrimiento.

“Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:... III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe; IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes... No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles...”

¹⁸³ JIMÉNEZ De Asúa, Luis, Teoría del delito, México, IURE, 2003, p. 534.

Finalmente definiremos a la punición como: la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.¹⁸⁴

Luis de la Barreda Solórzano hace un estudio respecto de las diferencias entre punibilidad, punición y pena. Definiendo a la punibilidad como:

“Conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.”¹⁸⁵

Es tarea del legislador formular la punibilidad para garantizar la defensa de intereses sociales. La punibilidad constituye un elemento esencial de la norma penal debido a que se estipula la forma en que un individuo será sancionado si realiza el tipo de la ley penal.

Mientras que la punición, es la imposición de la pena en un caso concreto, dicha facultad es realizada por el juez después de haber hecho el estudio del delito, basándose en la punibilidad establecida por el legislador.

“Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.”¹⁸⁶

La pena por su parte, consiste en la ejecución de la punición impuesta en la sentencia por el juez. La pena se va a enfocar a un sujeto en concreto por la realización de un hecho delictivo, dicha pena será pugnada en el tiempo que

¹⁸⁴ Ídem.

¹⁸⁵ BARREDA Solórzano, Luis de la, Punibilidad, Punición y pena de los substitutivos penales, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en noviembre 11, 2015, p. 7.

¹⁸⁶ Ibídem, p. 13.

determine el juez. La pena se fundamenta en la punición, y no se puede someter a alguien a una pena mayor de la establecida.

“La pena es la real privación y restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.”¹⁸⁷

El Código Penal Federal señala en su artículo 24 el catálogo de penas y medidas de seguridad que pueden imponerse en nuestro país, entre las cuales encontramos a la prisión, el tratamiento en libertad, trabajo a favor de la comunidad, entre otras.

“Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son: 1.- Prisión. 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4.- Confinamiento. 5.- Prohibición de ir a lugar determinado. 6.- Sanción pecuniaria. 7.- (Se deroga). 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito 9.- Amonestación. 10.- Apercibimiento. 11.- Caución de no ofender. 12.- Suspensión o privación de derechos. 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14.- Publicación especial de sentencia. 15.- Vigilancia de la autoridad. 16.- Suspensión o disolución de sociedades. 17.- Medidas tutelares para menores. 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. 19. La colocación de dispositivos de localización y vigilancia...”

En conclusión la pena pertenece a la instancia ejecutiva, la punibilidad a la legislativa y la punición a la judicial.

2.4. Las tres tesis de Claus Roxin respecto a la inutilidad de la pena

Empezaremos explicando la diferencia que hace Claus Roxin entre la función del derecho penal y la función de la pena.

¹⁸⁷ *Ibíd*em, p. 21.

El derecho penal está dirigido a todos los integrantes de la sociedad y tiene como finalidad evitar la comisión de delitos mediante la prohibición de comportamientos peligrosos que pongan en riesgo bienes jurídicos, así como también salvaguardar dichos bienes antes de ser lesionados. Y la pena se enfoca únicamente en el infractor una vez que éste ha cometido un delito.¹⁸⁸

Las tesis de Claus Roxin tienen su origen al no verse reducida la criminalidad mediante la imposición de la pena de prisión, por lo cual señala que la pena es inútil para prevenir los delitos. La primera tesis consiste en lo siguiente:

“Las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.”¹⁸⁹

Esto se debe a que la criminalidad sigue en aumento a pesar de las penas, debido a que en todas las sociedades siempre existirán personas que les resulte imposible una integración social.

Diversos delitos son consecuencia de los problemas que tiene la persona en su vida privada, y la única manera que encuentra para afrontarlos es con la realización de un delito, ello resulta principalmente de situaciones extremas donde por fuertes sentimientos o miedo, las normas pierden su fuerza de motivación.¹⁹⁰

“En los crímenes violentos producto de insoportables relaciones de pareja, su principal motivación es el sentimiento resultado de relaciones conflictivas en los núcleos sociales. La situación económica de cada persona también puede provocar que realicen delitos cuando se encuentren en una crisis, o bien cuando se encuentran en una posición de miseria. Otro factor que puede influir es cuando existen relaciones familiares desavenidas que provocan que los individuos crezcan bajo circunstancias poco favorables para llegar a ser hombres buenos y honestos.”¹⁹¹

¹⁸⁸ ROXIN, Claus, Problemas actuales de la política criminal, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en noviembre 20, 2015, p. 3.

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Ídem, p. 5.

¹⁹¹ Ídem.

Por lo que respecta a los delitos que incluyan a un grupo de individuos, no bastara solamente con castigar a uno de ellos, ya que la organización fundamental permanece y puede seguir realizando su comisión.¹⁹²

Debido a estos y otros factores, la pena no puede terminar totalmente con la criminalidad. De igual manera la imposición de medidas severas no provocan que reduzca la criminalidad existente, pero eso no significa que no existan leyes que sancionen los delitos, porque se requiere de un método con el cual se asegure que los demás ciudadanos se abstendrán de cometer delitos.

La segunda tesis es: *“las penas privativas de libertad son además un medio particularmente problemático en la lucha contra la criminalidad.”*¹⁹³

La pena de prisión significo un gran avance en la sociedad, debido a que gracias a su implementación se dejaron de usar penas más crueles y severas, como la pena de muerte, los azotes, trabajo forzado, entre otras. No obstante Claus Roxin menciona cuatro inconvenientes del incremento de las penas privativas de libertad.

*“Primero, es imposible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparte de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a la vida en libertad... Segundo, la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple disocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral y de este modo se detiene el curso normal de su vida... Tercero, se debe hacer el cálculo del efecto de infección criminal que puede tener la pena privativa de libertad... La cuarta es para considerar que la pena privativa, cuando se ejecuta en circunstancias inferiores a las humanas, es muy cara; porque el funcionamiento del establecimiento, el personal, la vigilancia y el cuidado del interno exigen grandes erogaciones...”*¹⁹⁴

¹⁹² Ídem.

¹⁹³ Ibídem, p. 6.

¹⁹⁴ Ibídem, pp. 6 y 7.

Por lo tanto el delincuente pierde responsabilidad y facultad de decisión, debido a que su vida es monótona en la cárcel y solo se ve obligado a obedecer lo que se le diga, además queda marginado por la sociedad perdiendo la capacidad para relacionarse con las demás personas teniendo como consecuencia que una vez perdidas sus anteriores relaciones, el delincuente se asocia con personas en la penitenciaría que representan una mayor peligrosidad, envolviendo a un delincuente relativamente inofensivo en el ambiente criminal.

Igualmente resulta desfavorable la gran cantidad de dinero que se debe emplear para el mantenimiento de las prisiones, dejando imposibilitada la implementación de las medidas encaminadas a la reinserción social.

La tercera tesis es: *“la prevención es más efectiva que la pena.”*¹⁹⁵

Debido a la poca efectividad que ha demostrado la implementación de la pena privativa de libertad, es necesario implementar otras medidas de prevención a través de medios de política social y de policía.

Dentro de la política social se puede procurar que las personas que se encuentran en situaciones desfavorables sean ayudadas para solventar dichas situaciones. Con la política de policía se busca que las personas encuentren una amenaza real de que si cometen un delito serán detenidas por el mismo, ya que cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el sujeto abandona su intento de comisión del delito.¹⁹⁶ En conclusión Claus Roxin menciona:

*“Si queremos fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social, tanto como sea posible, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual esté incluida la cooperación del derecho penal”*¹⁹⁷

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 13.

2.5. Confrontación del principio de acumulación de la pena y el principio de progresividad

El principio de progresividad tiene su principal acepción dentro de los derechos humanos; cuando se habla de progresividad se busca un avance o una mejora. Por lo que dicho principio se enfoca en implementar medidas tendientes a lograr un adecuado desarrollo de los derechos fundamentales.

“El principio de progresividad debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho; la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles.”¹⁹⁸

De igual manera el principio de progresividad supone una obligación hacia el estado para crear formas de verificación del avance progresivo del ejercicio y respeto de los derechos fundamentales.

El principio de progresividad en materia penal tiene una implicación importante en el régimen de las penas privativas de libertad, ya que como se ha explicado, con dicho principio se busca que los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad sean protegidos de forma eficaz, no obstante la concepción de este principio por parte de la autoridad ha sido errónea, ya que se tiene la idea de que la pena de prisión es un bien para quien la sufre al implementarse herramientas para lograr la reinserción del individuo a la sociedad; sin embargo la pena de prisión solo ha generado la afectación de la integridad y dignidad del delincuente; debido a los tratos degradantes, crueles e inhumanos de los que son víctimas.

¹⁹⁸ VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano Sandra, Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en noviembre 22, 2015, p. 31.

Dichas situaciones deben de hacerse del conocimiento de los jueces, para que éstos las tomen en consideración al momento de imponer una pena, desvirtuándose la idea de que mediante la implementación de penas altas se puede reinserir eficazmente a un individuo a la sociedad.

“Cuando analizamos qué es lo que progresa y hacia dónde se dirige ese progreso en relación con las personas que deben de cumplir una pena de prisión, no podemos más que concluir que lo único que progresa verdaderamente en la cárcel es la degradación del cuerpo de aquellas personas que sufren encierro.”¹⁹⁹

Debido a que el derecho que se vulnera con la imposición de la pena de prisión es el derecho a la libertad, el juzgador debe de fundar y motivar debidamente su resolución mediante una evaluación anticipada de todos los elementos de prueba y circunstancias que envuelven el ilícito. Debiendo establecer un plazo justo en la pena de prisión para lograr la reinserción del individuo.

Es por ello que el principio de progresividad debe estar enfocado en velar por la protección de los derechos de los sentenciados desde el momento en que el juez determina la punición del delito, ya que observando dicho principio se busca que el juzgador tenga en consideración los aspectos que pueden llegar a favorecer mejor al individuo para obtener una pena más favorable, teniendo como principal objetivo su reinserción social. Para lo cual se requiere la aplicación de las penas mínimas para cada delito.

Por lo que respecta al principio de acumulación, éste se concentra en imponer penas de prisión excesivas, argumentando que mientras más tiempo se encuentre el delincuente en prisión es mejor para él y se ve beneficiada aún más la sociedad, la cual se libra de los individuos que han sido desviados, evitando de esta forma que incremente la criminalidad.

¹⁹⁹ BERTERAME, María Celina, La progresividad en la pena y la progresiva degradación de la persona durante la pena. Acciones posibles de la Defensoría Pública, en página web <http://www.capacitacion.mpba.gov.ar>, consultado en noviembre 22, 2015, p. 3 y 4.

La acumulación se encuentra establecida en el artículo 64 del Código Penal Federal, el cual señala los supuestos en que se aplicara la pena en caso de concurso ideal y real:

“Artículo 64. En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero, con excepción de los casos en que uno de los delitos por los que exista concurso ideal sea de los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro... En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.”

Tanto en el concurso ideal como en el real vemos una clara intención por parte del legislador de imponer penas excesivas, al señalar que pueden aumentarse tanto como sea posible sin exceder el límite de sesenta años.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en su Jurisprudencia V.1o. J/6, que para que se lleve a cabo dicho incremento es necesario que el juzgador exprese de forma fundada y motivada las razones por las cuales lleva a cabo dicha acumulación, tomando en consideración todas las circunstancias que rodean al ilícito.

“ACUMULACION, REGLAS PARA DETERMINAR LA SANCION EN CASO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). Una correcta interpretación del artículo 64 del Código Penal vigente en el Estado de Sonora, lleva a concluir que para determinar el quantum de las penas en caso de acumulamiento de delitos, lo procedente es determinar la sanción aplicable al delito que merezca pena mayor, hecho lo cual podrá o no incrementarse la propia sanción, por la comisión de los otros hechos punibles, con la obligación para el órgano jurisdiccional de expresar de manera adecuada los motivos y razones que tenga en cuenta para efectuar tal incremento de la sanción, de suerte que se aparta de la técnica, que para los casos de acumulación prevé el artículo precitado,

cuando se determina individualmente la sanción correspondiente a cada delito para después sumarla.”

Esto se refuerza con lo establecido en la Tesis de la Octava Época 221992, que además refiere, que aunque dicho incremento se halle establecido en la ley, es necesario que el juzgador haga una correcta interpretación del caso en concreto y realice de manera eficiente la facultad potestativa de la que goza, ya que de manera contraria estaría abusando de su potestad sancionadora al imponer penas excesivas que provoquen afectaciones a los derechos fundamentales.

“PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. TRATANDOSE DE ACUMULACION MATERIAL DE DELITOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). Para la imposición de penas tratándose de acumulación de delitos en los términos del artículo 64 del Código Penal del Estado de Baja California, debe el juzgador expresar las razones que tenga en consideración para ello, pues no obstante que la sanción del delito mayor puede aumentarse "hasta" la suma de las sanciones de los demás delitos, también lo es que tal imposición de penas no es obligatoria sino potestativa para el juzgador quien, en todo caso, si opta por imponerlas, debe motivar suficientemente su decisión en ese sentido, y además debe ponderar con equidad y justicia que la penalidad a imponer no resulte excesiva por una simple suma aritmética de penalidades, pues el espíritu que anima a aquella facultad sancionadora es precisamente que el juzgador tenga margen legal para adecuar la pena con justicia al caso concreto, pues de otra forma bastaba con que el legislador hubiera suprimido dicha facultad sancionadora para imponer al juez el ineludible deber de sumar penas tantas veces como delitos se hubieran cometido...”

Además, tal y como Claus Roxin ha hecho mención en sus tres tesis, no ha sido posible lograr una disminución en la criminalidad al aumentar las penas, por lo tanto resulta poco probable que un individuo logre reinsertarse a la sociedad luego de haber sufrido años de encierro, ya que el tiempo en que se encuentra en prisión se vuelve un tiempo de espera para lograr su liberación o en su caso su muerte; teniendo como consecuencia que no se logre la reinserción del mismo.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTO LEGAL Y CONVENCIONAL DE LA APLICACIÓN DE LA PENA EN MÉXICO

3.1. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución es la norma básica del sistema jurídico de nuestro país, por ello es el fundamento de leyes, reglamentos e instituciones, que se encargan de tutelar los derechos de los individuos que forman parte del Estado Mexicano.

Dentro de los artículos de la Constitución, encontramos algunos referentes a la materia que nos ocupa que es el derecho penal y más concretamente al estudio de la aplicación de la pena, y que son los siguientes: artículo 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23. Los cuáles explicaremos a continuación, a excepción de los artículos 18 y 22 que serán estudiados en un apartado diferente.

El artículo 14 constitucional hace referencia al principio de retroactividad de la ley, al establecer que ninguna persona puede ser sujeta a leyes que no estén en plena vigencia al momento en que ocurren los actos que va a regular, no obstante la retroactividad si se emplea en los casos que represente un beneficio para el individuo, supuesto frecuente en materia penal, ya que en la mayoría de las ocasiones las consecuencias punitivas se ven atenuadas o derogadas por una ley posterior.

También establece que los casos penales se deben de juzgar con aplicación estricta a la ley, y que no se puede imponer pena alguna si no se encuentra decretada en el ordenamiento normativo.

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna

que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...

El artículo 16 por su parte establece la protección que tienen los particulares contra los actos de autoridad, ya que estos últimos deben de cumplir con los requisitos de legalidad, motivando y fundamentando la causa del procedimiento, es decir, debe señalar qué ley es aplicable al caso concreto y concretamente que artículo o artículos de la misma.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

En su párrafo tercero el artículo 16 menciona que no se podrá librar orden de aprehensión sin que exista el requisito de procedibilidad, y la probabilidad de que el individuo realice el ilícito; además ninguna persona puede ser retenida por más de cuarenta y ocho horas por el ministerio público (pudiéndose duplicar en caso de delincuencia organizada), transcurrido este tiempo se le debe poner a disposición de la autoridad judicial, o bien dejarla en libertad.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión... Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada ...”

Como ya se mencionó en capítulos anteriores, en la antigüedad era muy frecuente la venganza privada o pública, no obstante con el avance de la sociedad se fueron empleando diferentes formas para juzgar los delitos. Por ello en México se crearon organismos para impartir justicia evitando con ello que cualquier persona la realice por sí misma o ejerza violencia para reclamar su derecho.

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”

La implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias sirve para que las personas que se ven involucradas en un conflicto puedan llegar a un acuerdo de manera pacífica y benéfica para ambas partes, lo cual si es empleado en materia penal, podría producir beneficios tanto para las víctimas, ofendidos y el indiciado, sin embargo, ello dependerá del delito de que se trate, ya que cuando hablamos de delitos graves resulta complejo convencer a las partes.

Asimismo nadie puede ser privado de su libertad por deudas de carácter civil, sino solamente por aquellos supuestos que establezca la ley penal. Tal y como lo señala el artículo 17.

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial... Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil...”

En el artículo 19 vemos la obligación que tiene la autoridad judicial de dictar el auto de vinculación a proceso en un término de setenta y dos horas contado a partir de que el detenido sea puesto a su disposición, ya que de lo contrario los encargados de los centros penitenciarios tienen la obligación de dejar en libertad al indiciado.

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Por lo que respecta a la prisión preventiva se puede mencionar que esta procede cuando el ministerio público considera que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado al juicio o la protección de la víctima, de igual manera el juez puede ordenarla de oficio en los casos señalados en el presente artículo.

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso...”

En su párrafo quinto señala que solo deben juzgarse los hechos estipulados en el auto de vinculación, esta disposición tiene por objeto permitir una adecuada defensa del procesado, ya que limita el objeto de la acusación; y en caso de que el indiciado cometiere un delito distinto, la investigación se llevará por separado pudiendo decretarse una acumulación.

“Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...”

El artículo 20 hace una síntesis de lo que es el proceso penal, ya que establece en su apartado A los lineamientos generales para los juicios orales y la finalidad del proceso penal que es principalmente la protección del indiciado y la reparación del

daño causado, debiendo el juez condenar solo cuando tenga certeza de la culpabilidad del procesado.

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;... VII... Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad; VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado...”

En el apartado B se fijan los derechos del inculcado, entre los cuales figuran normas para la confesión, plazos para que se dicte sentencia, disposiciones para no prolongar indebidamente la prisión y la forma de computar el tiempo de la detención ya que debe de tomarse en cuenta cuando se establezca la pena, para que el indiciado no permanezca más tiempo del debido.

“B. De los derechos de toda persona imputada:... IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención...”

El artículo 21 delimita la competencia del poder ejecutivo y del poder judicial, a este último le corresponde decretar las penas, evitando que se comenten venganzas y se impongan penas por sujetos privados, no autorizados para ello por la ley. Mientras que al poder ejecutivo le compete prevenir e investigar las conductas

presuntamente constitutivas de delito a través del ministerio público y de las instituciones policiales, ya que la determinación de si existe o no delito, corresponde a los órganos judiciales.

“Artículo 21... La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial... La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva... El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:... c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos. d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública...”

El artículo 23 señala claramente que ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por el mismo delito sin importar si se le condenó o absolvió, por ello en el proceso penal se cuenta con tres instancias a las que se puede acudir en caso de que no se esté de acuerdo con la resolución dada en el juicio.

“Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...”

3.1.1. Análisis teleológico del artículo 18 constitucional

El artículo 18 establece criterios enfocados a la prisión preventiva; a la pena; al sistema de justicia penal para adolescentes y a la reinserción social. Es por ello que haremos una breve explicación de los primeros temas, para posteriormente enfocar nuestra atención a la reinserción social que estipula el párrafo segundo del presente artículo.

Respecto de la prisión preventiva, esta se encuentra regulada en el primer y noveno párrafo de este precepto constitucional, señalando que solo habrá lugar a la misma cuando se esté en presencia de un delito que merezca pena privativa de libertad.

En la mayoría de las ocasiones las personas que se someten a la prisión preventiva no siempre son los delincuentes más peligrosos, sino que suelen ser individuos de escasos recursos que no tuvieron asesoría legal de buenos abogados.

La segunda frase del primer párrafo menciona una separación o mejor dicho una clasificación de presos; esto se debe a que se trata de evitar que aquellos sujetos que ya han sido sentenciados convivan con los individuos que todavía no lo han sido, impidiendo que aprendan nuevas formas para delinquir.

“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. (Primer párrafo)”

Tratándose de delincuencia organizada se establecen centros especiales para su reclusión preventiva y para la ejecución de las sentencias, pudiendo privarlos de toda comunicación con el exterior. Pero en estos casos pareciera que no se busca una reinserción social, sino más bien se busca recluirlos en un lugar alejado de la sociedad durante el mayor tiempo posible.

“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. (Párrafo noveno)”

El párrafo tercero señala la posibilidad de que el reo sea trasladado a prisiones que estén cerca de su lugar de origen o del lugar más cercano a su domicilio.

“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. (Párrafo tercero)”

En su párrafo séptimo establece que los mexicanos pueden ser trasladados al territorio nacional si se encuentran compurgando una pena fuera del mismo, y que aquellos extranjeros que hayan sido condenados en México puedan ser llevados a su país de origen. Sin embargo, es importante señalar que este intercambio no puede ser realizado a no ser que el reo manifieste su consentimiento.

“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. (Párrafo séptimo)”

No obstante estas disposiciones no pueden ser aplicables cuando se trate de delincuencia organizada o en los casos que se requieran medidas especiales de seguridad.

“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. (Párrafo octavo)”

Los párrafos cuarto, quinto y sexto disponen el sistema de justicia para adolescentes. Por su parte el párrafo cuarto establece un parámetro en la edad de dichos infractores, ya que solo podrán ser sancionados mediante este sistema los

mayores de doce años y menores de dieciocho. Y por lo que hace a los menores de doce años, estos solamente podrán ser objeto de rehabilitación.

“La Federación y las entidades federativas establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social. (Párrafo cuarto)”

El párrafo quinto señala que el sistema penal para adolescentes debe de respetar los derechos humanos reconocidos en la constitución y el debido proceso penal, por ello cuenta con autoridades especializadas para realizar esta función.

“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. (Párrafo quinto)”

Y por lo que respecta al párrafo sexto, este menciona que cuando se imponga la sanción para el adolescente se debe procurar la reinserción del mismo no solo a la sociedad, sino también a su núcleo familiar, y procurar el correcto y sano desarrollo de su capacidad y personalidad, atendiendo en todo momento el interés superior del adolescente.

“Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho

realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo 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 o participación en un hecho que la ley señale como delito. (Párrafo sexto)”

En el segundo párrafo del artículo 18 constitucional, se habla de un aspecto de suma importancia para el desarrollo de una política criminal adecuada y de una de las finalidades más importantes de la pena, que es la reinserción social. Es importante señalar que esta denominación fue implementada hasta el 2008, ya que en su texto original el artículo 18 hablaba de una regeneración del individuo, tal y como se observa a continuación:

*“Texto original del artículo 18 constitucional (05 de febrero de 1917)
TITULO PRIMERO. CAPITULO I. De las garantías individuales. Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de esta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.”*

Posteriormente en 1965 se reformo este artículo, agregando que era necesaria la capacitación para el trabajo y la educación para la readaptación social del delincuente. Encontramos que el termino regeneración cambia por el de readaptación social, demostrando el legislador un mayor interés en el tratamiento de los prisioneros.

*“Reforma del 23 de febrero de 1965
Artículo 18 Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto...”*

Las reformas del 18 de junio del 2008 al artículo 18 constitucional, cambian la denominación de “readaptación social” a la de “reinserción social”. Con este cambio se busca respetar la libertad de escoger entre el bien y el mal; y se espera que, al obtener su libertad el reo, haya aprendido el efecto intimidatorio de la pena sufrida en prisión, y sepa escoger entre volver a la prisión o seguir gozando de su libertad.²⁰⁰

La palabra reinserción significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito.²⁰¹

En ese contexto, el objetivo de la reforma constitucional, partió de la premisa esencial de la reinserción social como finalidad del sistema penitenciario, orientada a propiciar el respeto de la dignidad de la persona humana y la satisfacción de sus necesidades básicas en los centros de reclusión, a efecto de lograr la reinserción social de los sentenciados y evitar que vuelvan a delinquir.²⁰²

Es necesario tener conocimiento de las iniciativas propuestas por los legisladores para reformar este artículo en lo relativo al cambio del término de readaptación social por el de reinserción social, por lo que transcribiremos algunas de ellas.

Los diputados Javier González Garza, Andrés Lozano Lozano, Claudia Lilia Cruz Santiago, Armando Barreiro Pérez, Francisco Sánchez Ramos, Victorio Montalvo Rojas, Francisco Javier Santos Arreola y Miguel Ángel Arellano Pulido, señalaron lo siguiente:

²⁰⁰ OJEDA Velázquez, Jorge, Reinserción Social y Función de la Pena, en página web <http://www.ijf.cjf.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016, p. 3.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Diario Oficial de la Federación, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 24/2012, de fecha 02 de septiembre de 2013, en página web <http://www.dof.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016.

“Se estima que "readaptación social" es inadecuado para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social. Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social. Una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad. Por lo anterior, se apoya que se cambie el término "readaptación social" por el de "reinserción social" y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir.”²⁰³

Otra propuesta es la presentada por el diputado Felipe Borrego Estrada, en la cual señala:

“De igual forma, otra propuesta importante de la presente reforma es el cambio del paradigma de la pena, en donde se transita de la llamada readaptación social a la reinserción social, dejando atrás la teoría que ubicaba al sentenciado como una persona desadaptada socialmente o enferma, para considerar que el individuo que cometió una conducta sancionada por el orden jurídico, debe hacerse acreedor a la consecuencia jurídica que corresponda, mediante la aplicación de la pena, antes de volver a incorporarse a la sociedad.”²⁰⁴

En el dictamen de primera lectura del senado de fecha 13 de diciembre de 2007 del proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se señaló lo siguiente:

“Estas comisiones dictaminadoras estiman al igual que la Colegisladora que la expresión "readaptación social" es inadecuada para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social. Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social. Una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad. Por lo anterior, se apoya que se cambie la expresión "readaptación social" por

²⁰³ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, Proceso Legislativo. 18 de junio de 2008, Cuaderno de apoyo, en página web <http://www.diputados.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016, p. 133.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 189.

la expresión de "reinserción social" y se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir.²⁰⁵

Al respecto del cambio del término de readaptación el senador José Luis Lobato Campos señaló que:

“Al desaparecer la finalidad “readaptativa” de la pena, cambiando semánticamente el de reinserción social, se está reconociendo que aquella finalidad era ajena a su esencia, toda vez que la pena no es un medio, desde luego, para conseguir objetivos religiosos, de convertir en santos a hombres malos, sin un valor ético jurídico expresión y realización del principio de justicia. Dado que el delito no es más que el abuso de la libertad que tiene el individuo para escoger entre el bien y el mal, y dado que la ejecución de la pena no puede ser otra cosa más que castigar ese abuso, privando de la libertad a los delincuentes, y aislándolos del resto de la sociedad, a fin de que no sigan dañándola, es incluso que la pena no debe perseguir objetivos ajenos a esta finalidad, porque en ella misma encuentra su propia justificación y explicación.”²⁰⁶

Es entonces como se considera más adecuado el empleo del término de reinserción al de readaptación social, ya que se estipula que el sentenciado no es en ningún aspecto una persona enferma que necesite un tratamiento para tratar su comportamiento delictivo, sino, que se busca una forma de mejorar su regreso a la sociedad mediante el empleo de la educación, la salud, el trabajo y el deporte.

En este orden de ideas la Jurisprudencia P./J. 31/2013 (10a.) nos señala el alcance de la reinserción social del sentenciado a la sociedad, en contraposición de lo que se pretendía con la readaptación social.

“REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Con la reforma al indicado precepto, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se sustituyó el término "readaptación social" por el de "reinserción del sentenciado a la sociedad" el cual, a diferencia del primero, reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, de forma que

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 282.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 423.

el fin de la prisión cambia radicalmente, pues ya no se intentará readaptar sino regresar al sujeto a la vida en sociedad, a través de diversos medios que fungen como herramienta y motor de transformación, tanto del entorno como del hombre privado de su libertad. Así, en tanto se asume que quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad porque no se encuentra integrado a ella, para su reinserción se prevé un conjunto de actividades y programas que se diseñan y aplican para permitir a las personas condenadas a pena privativa de la libertad en los establecimientos de reclusión su regreso a la sociedad...”

Es así como la reinserción social, se va a definir como el proceso progresivo e interdisciplinario por el cual se estudia al sentenciado en lo individual, se diagnostica y se elabora un programa sobre las medidas capaces de alejarlo de una eventual reincidencia a través del conjunto de elementos, normas y técnicas basadas en el trabajo, la capacitación laboral, la educación, la salud y el deporte, para hacerlo productivo y lograr vivir en sociedad.²⁰⁷

Después de dicha reforma el artículo en su párrafo segundo, quedó de la siguiente manera:

“Artículo 18. (...) 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 ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

Además un sistema penitenciario organizado en función del principio de reinserción social considera, las consecuencias negativas que produce la reclusión del sentenciado y busca la implementación de medidas para disminuir dichas consecuencias. Es por ello que esta reforma no solo abarco la sustitución del término de readaptación por el de reinserción; sino que además se adicionaron la

²⁰⁷ Diario Oficial de la Federación, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 24/2012, de fecha 02 de septiembre de 2013, en página web <http://www.dof.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016.

salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción, ya no sólo el trabajo y la educación, como antes se establecía.

En ese orden de ideas, se busca que mediante la salud, el deporte, la educación y la realización de actividades laborales remuneradas y útiles, se facilite la reinserción de los sentenciados, en el mercado laboral del país y se les permita contribuir a su propio sustento económico.²⁰⁸

Se les atribuye un enorme valor a estos medios, en torno a los cuales gira el tratamiento penitenciario moderno: al trabajo se le reconoce el mérito de combatir el ocio, de apartar al detenido del aburrimiento físico y moral, de orientarlo en la disciplina y apoyarlo espiritualmente, al hacerlo sentirse en cualquier modo útil.²⁰⁹

A la educación se le da el mérito de combatir la ignorancia, que a menudo es la causa de los errores, y de elevar el espíritu, a fin de que el hombre ya no esté sujeto a su instinto, sino a su libre albedrío.²¹⁰

Las actividades culturales, recreativas y deportivas tienen el mérito de mejorar el nivel cultural y las condiciones físico-psíquicas de los detenidos, además de quitar esa carga de agresividad que generalmente se acumulan en los sujetos sometidos a un régimen restrictivo de la libertad personal.²¹¹

Además debe de procurarse la salud del sentenciado, para que en caso de encontrarse enfermo, este sea atendido de la mejor manera posible.

Con la implementación del trabajo como uno de los primeros instrumentos del respeto a los derechos humanos para la reincorporación de los internos, se consideró la necesidad de dotar de herramientas a los internos, para que al cumplir

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ OJEDA Velázquez, Jorge, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁰ Ídem.

²¹¹ Ídem.

su sanción, tengan la capacidad laboral necesaria para encontrar un oficio y tener un sustento económico que les impida volver a delinquir.

A raíz de la reforma en derechos humanos del 10 de junio del 2011, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adiciono la obligación que tiene el sistema penitenciario de respetar los derechos humanos, para lograr una mejor reinserción social.

En el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se menciona la necesidad de incluir el respeto de los derechos humanos en la organización del sistema penitenciario, estipulando lo siguiente:

“Para fortalecer el sistema de protección a los derechos humanos, se adiciona al artículo 18 constitucional, la obligación de organizar el sistema penitenciario del país sobre la base del respeto a los derechos fundamentales. El artículo 18 de la Constitución, se refiere al sistema penitenciario, y al igual que en el artículo anterior, amplía la percepción que se tiene en el texto vigente, ya que en el mismo no se contemplaba el respeto a los derechos humanos, esto era necesario y urgente, porque incorpora esta visión de derechos humanos que se deben respetar y cumplir dentro del sistema penitenciario.”

Con la reforma a los derechos humanos, encontramos la redacción del párrafo segundo del artículo 18 de la siguiente manera:

“Artículo 18. (...) 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. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

Por tanto, el artículo 18 supone un mandato del Constituyente para la orientación de la política penal y penitenciaria hacia dichos objetivos, a efecto de que el

legislador y la administración adopten las necesarias medidas instrumentales.²¹² Tales como la modificación en las estructuras de reclusorios, que contempla espacios e instalaciones dirigidos a promover y facilitar el desempeño de actividades laborales.

No obstante a pesar de la buena voluntad del legislador para respetar los derechos de los presos, la realidad es totalmente diferente, ya que las condiciones de marginación social aumentan dentro de las instituciones carcelarias, debido a que la sociedad empieza a etiquetar a dichos sujetos, y cuando logran cumplir la pena, la sociedad a la que quieren ser reinsertados los rechaza por el hecho de haber cometido un delito.

Además para que la resocialización tenga mayor éxito se requiere atender a las necesidades de cada individuo, es decir:

“El presupuesto indispensable para lograr la resocialización es la individualización del tratamiento. El vocablo significa que los técnicos penitenciarios deben tender a lograr una resocialización en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular las carencias psicofísicas que determinan su comportamiento delictivo, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto.”²¹³

Lo cual resulta poco probable, ya que para tener las instalaciones y el personal adecuado se requiere del uso del gasto público del Estado. Y la realidad que observamos es que ni siquiera hay celdas suficientes para los presos, y es incongruente pensar que se pueda adaptar un aula para darles educación, o destinar ciertos espacios para el trabajo o el deporte.

²¹² OJEDA Velázquez, Jorge, *op. cit.*, p. 5.

²¹³ Ídem.

Encontramos entonces que la situación que persiste en las instituciones penitenciarias es el hacinamiento, la incorrecta clasificación penitenciaria, el abuso de los custodios y la corrupción de las autoridades.

3.1.2. La influencia del garantismo en el artículo primero constitucional

El garantismo, como ya se ha explicado, busca la protección de todos los derechos fundamentales del ser humano, frente a una posible violación por parte de otros individuos o del poder del Estado.

Para lograr dicha protección se han creado mecanismos e instituciones de impartición de justicia y control constitucional.

Con la aparición del garantismo, algunos países, han empezado a investigar formas para implementarlo, es decir, buscan mecanismos por medio de los cuales puedan asegurar la protección de los derechos fundamentales del ser humano; un ejemplo de ello, lo vemos en nuestro país, ya que con la reforma a derechos humanos, se quiere lograr una defensa más amplia a favor de la persona.

Podemos decir que el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene parte de la esencia del garantismo, ya que se orienta a lograr la mayor protección posible de los derechos fundamentales del ser humano. Es así que, analizaremos los párrafos de este artículo.

El párrafo primero, al señalar que todo individuo, no importando su situación económica, social o política, que se encuentre en el territorio nacional gozará de los derechos humanos reconocidos en la misma y en los tratados internacionales; resalta la importancia que le da el legislador a la protección de los derechos fundamentales del ser humano; ya que no solo se limita a la legislación dentro del país, sino que expande el campo de conocimiento al derecho internacional, para lograr dicho cometido.

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Primer párrafo)”

Esto se debe, a que cabe la posibilidad de que algunos derechos fundamentales del individuo, no encuentren protección en nuestra legislación local, por ello se trata de buscar medios alternativos para poder garantizar su defensa.

“Del texto del artículo primero constitucional es posible advertir el surgimiento de un nuevo bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos que concretiza un orden jurídico internacional que potencializa los derechos fundamentales de las personas contenidos en nuestra normatividad interna en aras de suprimir cualquier obstáculo que se oponga a la última finalidad de los derechos humanos, la dignidad de las personas.”²¹⁴

El segundo párrafo del artículo primero señala que la interpretación de las normas debe ser de la forma más favorable para la protección de los derechos fundamentales, es decir, si encontramos dos normas que establezcan lineamientos para una misma situación, debe de aplicarse la que proteja de forma más eficiente el derecho sobre el que versa el conflicto.

De esta forma quedan establecidos en la constitución la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona, que tienen esencialmente su origen en el ámbito del derecho internacional.²¹⁵

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de

²¹⁴ Intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el Juicio de Amparo como medida para garantizar la impartición de justicia en materia de Derechos Fundamentales, Tercera Reunión Regional del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal con Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, Poder Judicial de la Federación, en página web <http://www.ijf.cjf.gob.mx>, consultado en abril 20, 2016, p. 4.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Segundo párrafo)”

La implementación de la interpretación de los tratados internacionales, se debe a que la protección de los derechos fundamentales ya no se satisface con su depósito en la Constitución, sino que tienen que ser debidamente interpretados y garantizados por vía procesal en los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, para dotarlos de eficacia.²¹⁶

Es por ello que los órganos jurisdiccionales deben de tener un conocimiento apropiado de los derechos y sus formas de protección estipulados en nuestra Constitución, para que puedan relacionar, complementar o suplementar dichos derechos con el apoyo de la legislación internacional.

“En definitiva, con la obligación de los jueces de interpretar de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, surgen diversos deberes en cuanto a su aplicación por parte del poder judicial, a saber: un deber genérico de respetar, proteger, y garantizar los derechos previstos en los tratados internacionales, de acuerdo con la naturaleza, sentido y alcance otorgado a las normas del mismo; así como la modificación de prácticas administrativas y de criterios judiciales.”²¹⁷

Por su parte, el párrafo tercero hace mención de los principios que deben de ser observados por las autoridades para garantizar, respetar, promover y proteger los derechos humanos en su totalidad y de manera indiscriminada. Ya que en caso de que exista alguna violación a los derechos humanos, el estado se compromete a reparar, prevenir, investigar y sancionar dichas violaciones.

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a

²¹⁶ *Ibíd*em, p. 21.

²¹⁷ *Ibíd*em, p. 17.

los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Tercer párrafo)”

La reforma de este párrafo busca implementar la obligación al Estado de proteger de la forma más eficiente los derechos fundamentales, tomando en consideración los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que forman parte de la esencia misma de los derechos fundamentales ya que si no se toman en cuenta no podría lograrse una correcta protección de los mismos.

Es por ello que haremos una breve explicación de los mismos. Empezando con el principio de universalidad. Dicho principio refiere que los derechos fundamentales son atribuidos a todos los individuos, sin hacer ninguna distinción.

“En medida en que estos derechos tienen como principal contenido valores morales de especial relevancia, es pertinente suponer que deben de ser reconocidos para todas las personas, independientemente de su preferencia sexual, edad, nacionalidad, raza, etcétera.” ²¹⁸

Los principios de interdependencia y de indivisibilidad refieren a la vinculación existente entre los derechos, y la negación de su separación. Para entender mejor su significado, Vázquez y Serrano definen estos principios de la siguiente manera:

“La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización del otro derecho o de un grupo de derechos... Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos... El principio de indivisibilidad, implica que los derechos se encuentran unidos, no por razones de dependencia, sino, que la concreción de los derechos solo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.” ²¹⁹

Por último, el principio de progresividad refiere un avance en el mejoramiento de las condiciones de los derechos fundamentales.

²¹⁸ VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano Sandra, *op. cit.*, p. 6.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 18 y 21.

“El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes”²²⁰

Sirve de apoyo a lo referido con anterioridad la Tesis I.4o.A.9 K (10a.). La cual menciona:

“PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona...; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados...; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura...”

De igual manera la Tesis IV.2o.A.15 K (10a.) nos refiere la importancia que tienen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, para poder garantizar los derechos fundamentales.

²²⁰ *Ibíd*em, p. 25.

“PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REPRESENTAN CRITERIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. El 10 de junio de 2011 se promulgaron reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de las que sobresale la modificación de su artículo 1o. que establece la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad... De esta guisa, los referidos principios representan criterios de optimización interpretativa de los derechos fundamentales, porque conducen a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional, en el sentido de que el respeto y restauración de los indicados derechos son una tarea no sólo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia.”

Es entonces como observamos que la implementación de estos principios, buscan la optimización de la protección de los derechos fundamentales, es decir, mediante ellos puede entenderse mejor la naturaleza de dichos derechos y con ello buscar mejores formas para garantizar su protección, ya sea por medio del poder del Estado o por medios implementados por los mismos individuos.

“De esta manera estos principios quedan como elementos básicos de nuestra cultura jurídica actual y criterios de legitimidad del ejercicio del poder público. No obstante, si queremos que estos principios éticos, que fundamentan la Constitución, funcionen en beneficio de todos, tienen que estar basados en una «ética única», es decir, necesitamos que estos objetivos, valores e ideales sean comunes, compartidos y asumidos por todos.”²²¹

²²¹ CARBONELL, Miguel, La reforma al artículo 1º de la Constitución: apuntes para la aplicación práctica en el Poder Judicial de la Federación, en página web <http://www.miguelcarbonell.com>, consultado en abril 20, 2016, p. 22.

Podemos observar que el párrafo cuarto de este artículo implementa el principio de universalidad, al proteger tanto a sus nacionales como a los extranjeros, en caso de esclavitud; dicho párrafo establece lo siguiente:

“Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. (Cuarto párrafo)”

El Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo primero, define la esclavitud como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona”.

Por lo tanto el ser humano no puede ser considerado como una cosa que se pueda comprar o vender. La única forma en que una persona puede ser usada para la realización de trabajos o servicios es mediante un contrato de trabajo, ya que existen obligaciones para las dos partes, por un lado el trabajador realiza una tarea encomendada y por el otro el empleador se obliga a pagar una retribución por dicha actividad.

Es entonces como observamos que la protección de los derechos fundamentales se extiende a todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional.

Otro derecho que protege la constitución en su primer artículo y que demuestra el interés del legislador por garantizar los derechos fundamentales, lo encontramos en su último párrafo, al establecer la prohibición de la discriminación.

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Último párrafo)”

La discriminación puede entenderse como toda distinción, exclusión o restricción que tenga como finalidad impedir el reconocimiento o ejercicio de un derecho. La no discriminación se orienta al cumplimiento del principio de igualdad, ya que no pueden existir tratos diferenciados entre las personas o límites en el goce de sus derechos, y más si se pone como excusa alguna característica o rasgo particular del individuo, como puede ser su origen, género, edad, discapacidades, condiciones de salud, entre otras; o por situaciones adquiridas como la religión, opiniones, preferencias sexuales, etcétera.

Al estipular el artículo primero constitucional que se debe de velar por los derechos humanos, mediante el uso del orden jurídico interno e internacional; vemos que se busca seguir el modelo garantista, al buscar el mayor número de medios y mecanismos para proteger y promover los derechos fundamentales.

3.1.2.1. Derechos fundamentales, derechos humanos y garantías constitucionales

Durante mucho tiempo los términos de derechos fundamentales, derechos humanos y garantías individuales han sido empleados como sinónimos, sin embargo, en la actualidad encontraremos que cada uno tiene características que lo diferencian de los demás; empezaremos definiendo a los derechos fundamentales, que como es sabido, el concepto de derechos fundamentales es empleado por Luigi Ferrajoli en su teoría garantista, bajo este orden de ideas dichos derechos han sido definidos como:

“Derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como

presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²²²

Los derechos fundamentales al ser universales, todas las personas gozan de ellos, no importando su raza, religión, situación económica, edad, etcétera, ya que protegen bienes que son comunes a todas las personas.

La universalidad refiere que si un derecho es aplicable para todas las personas en general, estamos en presencia de un derecho fundamental, no obstante si dicho derecho solo está enfocado a proteger a una persona, estamos frente a un derecho de otro tipo. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental, mientras que el derecho que se tiene sobre una propiedad es considerado como un derecho patrimonial y no uno fundamental, ya que es individual y solo dicha persona puede disponer de la cosa.²²³

Los derechos fundamentales para que sean considerados como tales, además de que se deben encontrar reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, también deben encontrar su justificación en la medida en que se hayan realizado en la práctica o tengan una relevancia histórica.

Son considerados también como instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan bienes indispensables e intereses vitales para el desarrollo de una vida digna. Por lo tanto no se puede sobreponer el bien común o el interés público a los derechos fundamentales.²²⁴ Al respecto Robert Alexi menciona:

“El sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre

²²² AGUILERA Portales, Rafael Enrique y LÓPEZ Sánchez, Rogelio, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016, p. 8.

²²³ Ídem.

²²⁴ Ibídem, p. 10.

*determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella...*²²⁵

Los derechos fundamentales son garantizados mediante la democracia constitucional en todos los niveles estatal e internacional, protegiéndolos de los poderes públicos y privados. Así no importa de qué autoridad se trate todas deben enfocarse a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales.

Cuando se habla de derechos fundamentales en el derecho penal, podemos decir con certeza que es en el sistema penitenciario donde más se violentan dichos derechos, ya que las personas que pueden tener un mejor desarrollo de sus derechos son los que tienen dinero o poder dentro de la prisión; a lo que Paulo S. Pinheiro señala:

*“Las condiciones de las cárceles se caracterizan por la superpoblación en la mayor parte de las instituciones de la región. La alimentación, las condiciones sanitarias y la asistencia médica son pobres. En gran parte de los casos, el manejo de estos establecimientos es arbitrario y opresivo, y con frecuencia el funcionamiento interno de las prisiones se deja en manos de los presos mismos. Las consecuencias de estos factores sobre los cientos o miles de presos que se concentran en espacios muy limitados y se encuentran sujetos a una verdadera opresión por parte de los guardias y a la violencia de otros presos incluyen con frecuencia disturbios y motines...”*²²⁶

Por lo tanto al existir un incremento en la inseguridad pública con el crecimiento de la delincuencia, el Estado tiende a violar derechos fundamentales.

Una vez definido que son los derechos fundamentales, toca hacer lo mismo con los derechos humanos. La Organización de las Naciones Unidas define a los derechos humanos como:

²²⁵ *Ibíd*em, p. 11.

²²⁶ CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en la Constitución de 1917: introducción general, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016, p. 150.

“Derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.”²²⁷

Los derechos humanos son entendidos como un conjunto de facultades que concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Al ser interrelacionados, interdependientes e indivisibles significa que el avance de uno de ellos facilita el de los otros y por el contrario si se priva de alguno de ellos, se verán afectados los demás.²²⁸ Al ser inherentes a las personas, todas sin excepción alguna los tiene, por el simple hecho de serlo.

Jorge Carpizo nos menciona que el eje central de los derechos humanos es la dignidad humana, ya que ésta caracteriza a la persona de otros seres vivos, debido a su razón, voluntad, libertad e igualdad.²²⁹

Se debe de tratar a los derechos humanos en forma justa y equitativa, dándoles a todos el mismo peso, ya que entre los derechos humanos existe armonía y compatibilidad²³⁰, es decir, no puede existir enfrentamiento alguno entre ellos.

“Se ha caracterizado a los derechos humanos como imprescriptibles, ya que no se pierden por el transcurso del tiempo, inalienables, porque no pueden ser transferibles a alguien más, irrenunciables, debido a que nadie puede desistir de ellos, y la persona los conserva por siempre, universales, puesto que todos los hombres los tienen por igual, inviolables, porque no pueden ser transgredidos, efectivos, ya que existe

²²⁷ Naciones Unidas Derechos Humanos, en página web <http://www.ohchr.org>, consultado en abril 17, 2016.

²²⁸ Ídem.

²²⁹ CARPIZO, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016, p. 11.

²³⁰ Ídem.

*una obligación para que se lleven a cabo en la realidad e interdependientes y complementarios, pues constituyen un todo.*²³¹

Los derechos humanos se enfocan al área que es propia a la dignidad de las personas y que debe ser respetada por las autoridades. En este aspecto es correcto decir que el poder del Estado se erige para servir al ser humano y no puede ser usado para afectar atributos inherentes a la persona.

Por último hablaremos de las garantías individuales; al respecto encontramos que el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado.²³² Por ello una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales

Las garantías individuales se han definido como el medio mediante el cual el Estado hace posible la protección y eficacia de los derechos humanos, debido a que es el único que puede asegurarlos y en caso de que exista una violación en ellos, el Estado debe de proporcionar los medios para lograr la restitución del mismo.²³³

A manera de conclusión podemos decir que los derechos humanos son aquellos que son inalienables e imprescriptibles de los seres humanos, y que poseen por el solo hecho de nacer; mientras que los derechos fundamentales son aquellos derechos reconocidos por las constituciones políticas de los estados. Una vez que los derechos humanos son reconocidos e incorporados en los textos constitucionales, se les distingue como derechos fundamentales. Y las garantías individuales están orientadas a proteger los derechos humanos

²³¹ Naciones Unidas Derechos Humanos, en página web <http://www.ohchr.org>, consultado en abril 17, 2016.

²³² CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p. 83.

²³³ *Ibidem*, p. 84.

3.1.2.2. El principio pro persona

El principio pro persona, es aquel mediante el cual las normas que establecen derechos humanos se interpretan de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, buscando siempre la protección más amplia de los mismos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece dicho principio en su artículo primero al señalar:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Segundo párrafo)”

El principio pro persona tiene dos campos de aplicación, en el primero trata de buscar la protección más amplia cuando se trata de reconocer derechos que se encuentran en leyes benéficas para las personas, en el segundo busca la interpretación más restringida cuando nos encontramos con una norma dirigida a limitar los derechos humanos.²³⁴ El juez Rodolfo E. Piza Escalante define el principio pro persona como:

“Un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen, De esta forma el principio pro persona conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción.”²³⁵

El principio pro persona abarca la interpretación tanto del sistema normativo interno, como externo, es decir, todas las autoridades deben de interpretar el orden jurídico conforme a los derechos establecidos en la Constitución, y en los tratados internacionales.

²³⁴ MEDELLÍN Urquiaga Ximena, Principio Pro Persona, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 16.

²³⁵ *Ibidem*, p. 17.

De acuerdo al principio pro persona, cuando se presenta una situación en concreto donde es posible aplicar dos o más normas vigentes, se debe aplicar la norma que mejor proteja a los derechos fundamentales sin importar la posición que ocupe en el sistema jurídico, ya que se permite al juzgador o interprete legal seleccionar de entre varias normas aquella que su contenido ofrezca una protección mayor.²³⁶

Es importante resaltar que para que este principio sea correctamente aplicado, se requiere que los encargados de la administración de justicia tengan conocimiento del alcance, sentido, importancia y fines de las normas tanto nacionales como internacionales que incorporan y reconocen los derechos humanos.

El legislador al conocer los derechos integrados en el sistema jurídico mexicano, puede conocer los límites y alcances que tienen con los tratados internacionales. Así al conocer ambos órdenes jurídicos se puede hacer un correcto análisis del derecho, garantizando el respeto y la vigencia de los derechos humanos en toda circunstancia.

Se puede decir que el principio pro persona está relacionado con otros subprincipios que tienen igual importancia, ya que amplían el ejercicio de los derechos humanos, entre los cuales encontramos: el principio in dubio pro reo, que establece que en caso de duda se favorecerá al acusado; el principio favor libertatis, en favor de la libertad del imputado; y el principio favor rei, el cual estipula que los tribunales pueden pronunciar una sentencia más favorable a la persona que se encuentra en prisión.

En nuestro país se ha establecido la aplicación del principio pro persona para procurar la protección de los derechos humanos; en este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece mediante jurisprudencia 1a./J. 107/2012,

²³⁶ Ídem.

que para la interpretación de la constitución y los tratados internacionales debe de tomarse en cuenta el principio pro persona.

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE..., en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable - en materia de derechos humanos- atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano...”

3.1.3. El principio de proporcionalidad en el artículo 22 constitucional

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la finalidad de la pena.²³⁷ La cual en un inicio tuvo una concepción retributiva, donde encontramos un aspecto de importancia en el principio de proporcionalidad, ya que existe una limitación a la pena, cuando la retribución se opone a que se castigue más allá de la gravedad del hecho cometido.

El principio de proporcionalidad exige una proporción, como bien lo dice su nombre, entre la gravedad del hecho realizado y la pena a imponer, porque al existir límites normativos se garantizan los derechos del individuo.

²³⁷ MIR Puig, Santiago, *op. cit.*, p. 38.

Se tiene como finalidad que la pena o medida de seguridad que se imponga por la comisión de un delito no sea exagerada, por ello la pena debe medirse con base al bien jurídico afectado.

Para que un bien sea protegido jurídicamente se requiere que este sea merecedor de dicha protección, que sea posible dicha protección y además que tenga una relevancia importante en la sociedad.²³⁸

El principio de proporcionalidad en nuestro país se encuentra plasmado en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tal y como se muestra a continuación.

“Artículo 22... Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado...”

El principio de proporcionalidad, tiene tres perspectivas²³⁹:

“Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas, que se refiere a la punibilidad que el legislador señala para los delitos previstos en la norma general... Proporcionalidad en la determinación de la medida, que se trata de un aspecto que toma en cuenta tanto las condiciones internas del sujeto como las externas de la conducta que despliega... Proporcionalidad en la ejecución, lo que se configura no sólo desde que la misma es impuesta sino a lo largo de su ejecución...”²⁴⁰

Cuando se emplea el principio de proporcionalidad se debe establecer si el sacrificio o afectación de bienes individuales tienen una relación razonable o proporcionada con el interés jurídico que se trata de salvaguardar. No obstante en la actualidad se observa un incremento cada vez mayor en las penas, sin tomar en consideración las posibles afectaciones de los derechos fundamentales de los sentenciados a penas absurdamente altas.

²³⁸ *Ibíd*em, p. 339.

²³⁹ SÁNCHEZ Cordero de García Villegas, Olga, Introducción a la interpretación del artículo 18 constitucional, en página web <https://www.scjn.gob.mx>, consultado en abril 27, 2016, p. 19

²⁴⁰ *Ídem*.

“Existe una tendencia exagerada del legislador penal al aumento de las penas, que lleva a una merma de las garantías propias de un Estado de Derecho, entre las que se encuentra la proporcionalidad en sentido estricto.”²⁴¹

Además, el incremento de las penas no ha disminuido los delitos, por el contrario, se podría decir que si dos delitos tienen una misma pena que afectan de manera desproporcional bienes jurídicos, los ciudadanos no encontrarán un límite para cometer el delito mayor.

De igual manera, ningún juez puede aumentar la pena establecida en la ley bajo el pretexto de la protección del bien público, ya que, “toda pena (dice Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”²⁴²

Al imponerse una pena debe de tomarse en consideración los efectos y consecuencias que esta conlleva al autor, a la sociedad, a la víctima y al Estado. La comisión de un delito no solo lesiona el bien jurídico, sino que también repercute en otros aspectos como son los gastos económicos que se destinan al funcionamiento de la administración de justicia.

Con el principio de proporcionalidad se busca proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como a los delincuentes de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado. Una buena legislación busca la forma de garantizar ambos derechos; tal como menciona la teoría de la prevención, es mejor evitar los delitos que sancionarlos, por lo tanto el Estado debe buscar los motivos que conducen a las personas que se encuentran bajo su protección a cometer un delito y tratar de impedirlo, es decir, tratar de conducir a los individuos a un punto donde estén satisfechos con lo que tienen.

²⁴¹ ROJAS, Yenissey Ivonne, La proporcionalidad en las penas, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 28, 2016, p.7.

²⁴² BECCARIA. Tratado de los delitos y de las penas. Séptima edición, Porrúa, México, 1997. P. 11.

3.2. En Tesis y Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados en materia penal

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo tribunal en nuestro país, integrado por 11 ministros, de los cuales uno es el presidente, que funciona en pleno o en salas compuesta por cinco ministros cada una. Y los Tribunales Colegiados de Circuito son integrados por tres magistrados, de los cuales uno funge como presidente, distribuyendo los asuntos entre los magistrados.

Ahora bien para realizar el estudio de las tesis y jurisprudencias que pronuncian tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como los Tribunales de Circuito, debemos definir qué se entiende por tesis aislada y por jurisprudencia.

Una tesis aislada es un criterio emitido por un Tribunal Colegiado o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando un precepto legal que sirve para orientar el criterio del juzgador, pero no ha alcanzado a ser obligatoria; mientras que la jurisprudencia es el conjunto de reglas que derivan del criterio que se realiza de un problema jurídico y que al ser reiterado cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, se convierte en obligatorio.

Es por ello que mencionaremos a continuación algunos criterios de tesis aisladas y jurisprudencias relativas a la aplicación de la pena.

El Código Penal para el Distrito Federal establece reglas para la individualización de las penas, las cuales no transgreden los derechos de exacta aplicación de la ley penal y de legalidad. Al respecto la tesis I.9o.P.33 P (10a.) señala:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS. LOS ARTÍCULOS 70 Y 72 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA EFECTUARLA NO TRANSGREDEN EN SÍ MISMO LOS DERECHOS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY

PENAL Y LEGALIDAD, NI EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La facultad de los Jueces penales para individualizar las penas, no significa el uso de una atribución irrestricta y caprichosa, ni en contra de la dignidad del ser humano que permita la imposición de las penas de mutilación, infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento en cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquier otra pena inusitada y trascendental, en razón de que los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal, exigen al juzgador que, al efectuarla, observe las reglas específicas ahí contenidas, es decir, las circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiares del delincuente, determinando la pena dentro de los límites señalados con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta, además, las fracciones del último precepto (con excepción del último párrafo), en virtud que, mientras mayores parámetros para la individualización se prevean en un ordenamiento legal, más se acercará a lo justo...”

El derecho a la exacta aplicación de la ley penal, garantiza la correcta interpretación de la misma, ya que obliga al juzgador a imponer la pena solo cuando se haya adecuado la conducta del actor al tipo penal, con ello se limita al juzgador a hacer interpretaciones que vayan más allá de sus facultades e imponer penas que puedan vulnerar los derechos fundamentales.

Al respecto el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su tercer párrafo establece que no se puede imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito que se trata. Sirve de sustento la tesis P. XXI/2013 (10a.).

*“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, CONTENIDO EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SALVAGUARDA LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS. El derecho fundamental a la exacta aplicación de la ley penal tiene su origen en los principios *nullum crimen sine lege* (no existe un delito sin una ley que lo establezca) y *nulla poena sine lege* (no existe una pena sin una ley que la establezca), al tenor de los cuales sólo pueden castigarse penalmente las conductas debidamente descritas en la legislación correspondiente como ilícitas y aplicarse las penas*

preestablecidas en la ley para sancionarlas, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica de las personas, a quienes no puede considerárseles responsables penalmente sin que se haya probado que infringieron una ley penal vigente, en la que se encuentre debidamente descrito el hecho delictivo y se prevea la sanción aplicable...”

La prisión constituye la sanción más importante y característica de todo el sistema jurídico penal, porque afecta uno de los bienes más preciados de las personas: la libertad. Se ha buscado a lo largo del tiempo que a través de ella se imponga una forma de intimidación a los ciudadanos para prevenir la comisión de más delitos, sin embargo, no ha dado el resultado que se esperaba.

Para la imposición de la pena de prisión se han establecido en cada tipo penal un número mínimo y máximo de años, por lo que queda a criterio del juzgador el tiempo que el delincuente permanecerá en la cárcel, debiendo fundar y motivar su resolución.

No obstante aunque en cada tipo penal se fije el número de años que puede ser establecido, encontramos que los códigos penales en su parte general señalan la pena mínima aplicable en todos los delitos, lo cual no viola el principio de exacta aplicación de la ley penal, tal y como lo establece la tesis 1a. XXXII/2005.

“PENA DE PRISIÓN. EL ARTÍCULO 33 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE PREVÉ SU DURACIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. De la exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y del dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se advierte que la intención del legislador al establecer las penas y medidas de seguridad aplicables en dicha entidad fue que el mínimo de prisión fuera de tres meses en cualquier caso; de ahí que el artículo 33 del mencionado código establezca una regla general, aplicable a todos los delitos, en virtud de la cual, tratándose de delitos del fuero común cometidos en dicha entidad, no pueden imponerse penas de prisión inferiores a tres meses. Por otra parte, acorde con la garantía de exacta aplicación de la ley penal, contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las penas deben estar

perfectamente definidas en la ley, en cuanto a sus mínimos y máximos. Por tanto, el citado artículo 33 no viola la referida garantía constitucional, ya que no sólo no deja indefinidas las penas aplicables, sino que además permite establecer el mínimo a imponer en todos los casos...”

Como ya ha quedado señalado, cada tipo penal establece su punibilidad, es por ello que cuando un sujeto realiza más de una conducta delictiva se le debe aplicar la sanción correspondiente a cada delito, debiendo individualizar la pena que corresponda a cada uno, ya que de lo contrario se estaría violando sus derechos.

No obstante es importante señalar que cuando existe una acumulación de delitos se llega a imponer una pena de hasta 70 años, lo cual no cumple con la finalidad de la reinserción social. Cabe mencionar que anteriormente la pena máxima por la acumulación de delitos era de treinta años, de acuerdo a la siguiente tesis de la sexta época:

“PENA POR ACUMULACION DE DELITOS. NO PUEDE SER SUPERIOR A TREINTA AÑOS. Como la Carta Fundamental prohíbe la imposición de penas por simple analogía o por mayoría de razón, aun cuando el sentido común dicte lo contrario, no es posible, sin violación de garantías, imponer más de treinta años de prisión al autor de varios delitos; por tanto, mientras no se reforme el artículo 64, se está en la imposibilidad, en caso de acumulación, de imponer una pena privativa de libertad superior a treinta años, por prohibirlo, según se ha expresado, la Ley Suprema del país, así exista mayoría de razón. Registro: 259759. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen LXXVII, Segunda Parte...”

Sin embargo se decidió reformar dicho artículo para incrementar la duración de la prisión, argumentándose en la exposición de motivos que “la necesidad de reprimir y sancionar severamente los delitos que causan más graves daños a la sociedad, explica suficientemente la modificación que se propone”.²⁴³

²⁴³ FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores F., La Pena de Prisión. Problema de nuestro tiempo, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en abril 20, 2016, p. 4.

No obstante de acuerdo a dicha argumentación solo se está garantizando los derechos de la sociedad y no de la persona que se encuentra privada de su libertad; y por si no fuera suficiente con incrementar la pena se ha señalado que esta puede ser vitalicia de acuerdo a la tesis P. XIX/2006, y que no viola ningún derecho, porque no resulta trascendental, pero ¿cómo no va a resultar trascendental si se está afectando la libertad de una persona, y se está decidiendo lo que va a ser del resto de su vida?

“PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL... La pena forma parte de la defensa social y debe responder proporcionalmente a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también, la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación sobre el mismo y la educación para que pueda convivir dentro de su comunidad. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena privativa de la libertad de por vida no es inusitada ni trascendental, dado que lo que proscribe el indicado artículo 22 es el contenido mismo de la pena, esto es, que se convierta en una práctica inhumana, como en forma ejemplificativa lo destaca el propio precepto al prohibir las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie, así como que sea trascendental, esto es, que afecte a la familia del delincuente. Además, de haber sido la intención del Constituyente establecer un límite en la duración de las penas privativas de la libertad así lo hubiera asentado, sin embargo, dejó al legislador ordinario la facultad de determinar cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponderle a cada una de ellas...”

Resulta contradictorio que se establezca una pena vitalicia y que conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se busque la reinserción del sentenciado a la sociedad procurándose que no vuelva a delinquir, además de señalarse criterios mediante los cuales puede existir una remisión parcial de la pena, la cual se presenta si en los estudios técnicos que se practiquen, puede determinarse la viabilidad de la reinserción social del sentenciado.

Entonces encontramos una forma de disminuir la pena si el delincuente presenta las características señaladas en la tesis: I.5o.P.40 P (10a.).

“REMISIÓN PARCIAL DE LA PENA. PARA SU CONCESIÓN, NO DEBEN ANALIZARSE AISLADAMENTE LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Conforme al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la pretensión del Estado es lograr mediante la organización del sistema penitenciario, la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. A su vez, el precepto 39 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal establece las condiciones o requisitos de procedencia del beneficio penitenciario de remisión parcial de la pena, esto es: I. Que el sentenciado haya observado durante su estancia en prisión buena conducta; II. Que participe regularmente en las actividades laborales, educativas, deportivas o de otra índole que se organicen en el centro penitenciario; y, III. Que con base en los estudios técnicos que practique el centro penitenciario, pueda determinarse la viabilidad de su reinserción social. Así, a efecto de que se otorgue dicho beneficio, en principio pareciera que se deben reunir todos y cada uno de los requisitos que establece el último numeral citado, sin embargo, es notable que el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena es la viabilidad de la reinserción social del sentenciado...”

Conforme a la jurisprudencia VI.1o.P. J/13 el juez que impone una pena debe de observar las circunstancias del hecho y la personalidad del delincuente, debido a que estos factores determinan si una pena puede ser disminuida o aumentada.

Además de que para imponer una pena se deben de observar los mínimos y máximos establecidos en la ley.

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el título tercero, del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, se rige por lo que la doctrina llama "sistema de marcos penales", en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las

reglas del concurso o del delito continuado... En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, deberá razonar debidamente ese aumento; pues debe partir de que todo inculpado es mínimamente culpable, de acuerdo al principio indubio pro reo..."

Debido a que nuestros Códigos Penales son constantemente reformados, ha llegado a existir un conflicto de leyes en el tiempo de su aplicación, el principal problema que se presenta es que el juzgador tiene la obligación de observar aquella norma que resulte más favorable al inculpado, por lo tanto debe de seleccionar en su caso la que estipule una pena menor.

Una situación en particular que menciona la jurisprudencia 1a./J. 105/2005 señala que el juzgador optó por escoger el mínimo más favorable de una ley y el máximo de otra, sin embargo esto no puede ser posible, porque se estaría creando una nueva punibilidad.

"INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CUANDO EXISTA CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO ENTRE NORMAS SANCIONADORAS QUE PRESCRIBEN LA APLICACIÓN DE MÁS DE UNA PENA, EL JUZGADOR NO PUEDE SECCIONARLAS. El principio de legalidad en materia penal, consagrado en el artículo 14 constitucional, prescribe que corresponde en exclusiva al legislador establecer, por medio de leyes, los delitos y las penas aplicables por su comisión. A la luz de dicho principio, es de estimarse que en aquellos casos en que existe un conflicto de leyes en el tiempo entre normas que establecen, cada una de ellas, distintas penas que deben ser aplicadas al condenado como consecuencia de la comisión del delito, el juzgador debe seleccionar aquella norma que resulte más benéfica para el inculpado, pero en los exactos términos en que ésta fue prevista por el legislador. En consecuencia, en ese tipo de casos, el juzgador no puede seccionar las disposiciones sancionadoras en conflicto, con el objeto de seleccionar, entre la totalidad de penas previstas en éstas, aquellas que aisladamente consideradas resultan más benéficas para el inculpado..."

Cuando hablamos de aplicación de la pena se debe de tener en consideración el principio de proporcionalidad que se encuentra establecido en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual como ya se explicó

con anterioridad, refiere que la pena debe ser proporcional a la afectación del bien jurídico tutelado, por lo tanto, mientras se afecte un bien jurídico de mayor importancia, la pena se aumentará. Encontramos que la jurisprudencia 1a./J. 3/2012 (9a.) señala la importancia y funcionamiento del principio de proporcionalidad.

“PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución...”

Cuando se otorga el beneficio de reducción de la pena a un sentenciado, el estudio debe realizarse por la autoridad judicial y no por la autoridad encargada de la ejecución de la sentencia, ya que el único que se encuentra legitimado para ello es el juzgador debido a su capacidad para estudiar las circunstancias que envuelven cada caso en particular, lo antes expuesto se encuentra sustentado en la siguiente jurisprudencia 1a./J. 174/2005.

“REDUCCIÓN DE LA PENA. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL REO, AUN CUANDO YA ESTÉ EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA, CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL)... Al entrar en vigor una ley que permita a los sentenciados la reducción de las sanciones impuestas por un delito determinado, su aplicación corresponde a la autoridad judicial, aun cuando ya se esté ejecutando la sentencia, pues la jurisdicción de la autoridad judicial si bien cesa, la misma no se agota, en virtud de que el acto de reducción de la pena tiene relación directa con la facultad de los Jueces para imponer las sanciones, porque al modificarse los límites señalados por el legislador para sancionar un delito, necesariamente

debe realizarse una adecuación entre lo ya impuesto y lo que entró en vigor...”

3.3. En Tratados Internacionales

Los tratados internacionales son acuerdos celebrados por escrito entre dos o más Estados, con objeto de crear, transferir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre ellos, estableciendo derechos y obligaciones por escrito en un instrumento único o en dos o más conexos y que se encuentran regidos por el derecho internacional.

México ha celebrado un número significativo de acuerdos internacionales con otros países en diferentes materias. Por lo que respecta al presente trabajo analizaremos solo tres instrumentos internacionales enfocados en los derechos humanos, y en el derecho penal; los cuales son la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 5 que todas las personas privadas de libertad deben de ser tratadas con respeto, además de que los procesados deben de estar separados de los condenados, y por lo que respecta a los menores establece que deben ser separados de los adultos y ser juzgados por tribunales especializados.

“Artículo 5... 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. 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...”

De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10 hace mención de los derechos con los que cuentan los procesados y condenados, agregando además que el régimen penitenciario someterá a los menores a un tratamiento adecuado a su edad, para que posteriormente se incorporen a la sociedad.

“ARTÍCULO 10.- 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano... 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...”

El artículo 6 del Pacto de San José Costa Rica menciona que los Estados donde se encuentre establecida como pena la privación de la libertad y la realización de trabajos forzosos, deben de respetar la dignidad y capacidad física y mental del individuo. Sin dejar de mencionar que dicha pena debe de ser impuesta por un juez o tribunal competente.

“Artículo 6... 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso...”

Al respecto el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona igualmente la prohibición de los trabajos forzosos que afecten la dignidad y capacidad de las personas, no obstante refiere que dicha protección debe ser respetada cuando el individuo se encuentre en prisión e incluso cuando goce de libertad condicional.

“ARTÍCULO 8... 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...”

El artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica establece que nadie puede ser privado de su libertad de forma arbitraria, y que una vez que una persona sea detenida, debe ser llevada lo más pronto posible ante un juez o ante otra autoridad que sea competente para realizar funciones judiciales, teniendo derecho a su libertad condicional.

“Artículo 7.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 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...”

Además de lo señalado con anterioridad el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que nadie puede ser privado de su libertad, salvo las causas establecidas en la ley, debiendo ser juzgado dentro de un plazo razonable o en su caso ser puesto en libertad.

“ARTÍCULO 9.- 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 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. 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...”

En el artículo 8 encontramos el derecho al debido proceso, ya que toda persona tienen derecho a ser juzgada por jueces y tribunales competentes; además encontramos la presunción de inocencia y la prohibición de juzgar dos veces a una persona por el mismo delito.

“Artículo 8.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos...”

Por su parte el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica señala el principio de legalidad y de retroactividad, ya que nadie puede ser condenado por actos que no se encuentren debidamente establecidos en la ley penal; también queda prohibido imponer penas más graves de las establecidas y en caso de que con posterioridad se establezca una pena menor para un delito, esta debe de aplicarse favoreciendo en todo momento al individuo.

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...”

Debido a que el Estado mexicano ha reconocido la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.” Por lo tanto

pasaremos a estudiar algunos artículos establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Los artículos 22, 23 y 24 mencionan los principios generales que rigen el derecho penal, que son *Nullum crimen sine lege*, ninguna persona puede ser juzgada por un crimen que no se encuentre señalado en la ley, *Nulla poena sine lege*, no se puede imponer una pena que no establezca la legislación, e *Irretroactividad ratione personae*, solo podrá aplicarse retroactivamente la ley que resulte más favorable a la persona.

“Artículo 22.- Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. Artículo 23.- Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. Artículo 24.- Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”

El artículo 77 menciona las penas aplicables a los individuos que cometan un delito.

“Artículo 77.- 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

El Artículo 78 menciona que la Corte debe de tomar en cuenta la gravedad del crimen y la personalidad del delincuente para imponer una pena, y cuando un mismo individuo cometa varios delitos, se le impondrá la pena de cada uno de ellos; sin

dejar de tomar en cuenta el tiempo que haya permanecido en prisión preventiva cuando se imponga la pena correspondiente.

“Artículo 78.- 1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión.”

Cuando se ha impuesto una pena privativa de libertad, corresponde a los Estados parte del Estatuto de la Corte llevar a cabo la ejecución de la misma, por lo tanto dicha pena se cumplirá en el Estado que la misma Corte seleccione de una lista de Estados que manifestaron su consentimiento para recibir condenados.

“Artículo 103.- 1. a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados; c) El Estado designado en un caso determinado indicará sin demora a la Corte si acepta la designación. 2. a) El Estado de ejecución de la pena notificará a la Corte cualesquiera circunstancias, incluido el cumplimiento de las condiciones aceptadas con arreglo al párrafo 1, que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad...”

Respecto de la modificación de la pena encontramos que el artículo 110 especifica la manera en que la pena puede ser reducida, dicha reducción es decidida por la Corte y una vez que el recluso haya cumplido dos terceras partes de la pena o veinticinco años en el caso de cadena perpetua se entra al estudio del caso para determinar si se puede aplicar la reducción.

“Artículo 110.- 2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. 3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de

prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos. 4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.”

3.4. En el Código Penal Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales

El Código Penal Federal regula los delitos considerados de orden federal, por lo que únicamente los juzgados del ámbito federal pueden conocer de ellos; dentro de su articulado encontramos reglas generales que se deben de tomar en cuenta al momento en que se aplican las sanciones.

En este orden de ideas, el artículo 51 señala la potestad jurisdiccional que se otorga a los jueces y tribunales para juzgar y decidir acerca de la responsabilidad de los inculcados de un delito, debiendo apreciar las circunstancias particulares del mismo y las exteriores en la realización del hecho.

“Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan... Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días...”

El juez es quien se encarga de individualizar la pena y determinar la escala de su imposición entre el máximo y mínimo establecido; para ello se toma como base las

especificaciones del tipo y los criterios señalados en el artículo 52, adecuando la conducta al tipo penal correspondiente.

“Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

El artículo 56 menciona el principio in dubio pro reo ya que refiere la aplicación de irretroactividad de la ley en beneficio de la persona, es decir, si entra en vigor una nueva ley que resultare más benéfica al inculpado o condenado, ésta debe de aplicarse de oficio.

“Artículo 56.- Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.”

Cuando hablamos de delitos culposos, decimos que son aquellos que causan un resultado típico, lesionando un deber objetivo de cuidado.

La penalidad para estos delitos es atenuada debido a que existe menor reprochabilidad en los agentes, ya que no contempla para su realización la voluntad de cometer el ilícito, pues se tratan de descuidos, errores, negligencias o falta de precaución. Al respecto el artículo 60 señala lo siguiente:

“Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica...”

También se han establecido diferentes reglas en la aplicación de sanciones en caso de tentativa, la cual se puede definir como la ejecución de la conducta delictiva, que se detiene en cierto punto de su desarrollo antes de completar la acción típica. El artículo 63 hace mención de las reglas para imponer la pena cuando se trata de tentativa.

“Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario. En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior. En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.”

El artículo 64 señala la aplicación de sanciones en caso de concurso ideal o real, el primero se presenta cuando un único hecho puede ser encuadrado en diferentes tipos, los cuales no pueden ser excluidos o eximidos entre sí, siendo todos ellos aplicables al caso concreto. Mientras que el concurso real se da cuando un mismo sujeto ha consumado varias conductas típicas diferentes.

“Artículo 64. En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero, con excepción de los casos en que uno de los delitos por los que exista concurso ideal sea de los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, supuesto en el cual se aplicarán las reglas de concurso real. En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero... En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.”

El artículo 24 contempla el catálogo de penas y medidas de seguridad que pueden ser aplicadas en nuestro sistema jurídico, la pena como ya se ha mencionado con anterioridad es la consecuencia del delito, la cual solo puede ser impuesta por la autoridad competente. Y las medidas de seguridad son medios que privan o limitan la libertad del gobernado, para asegurar que no se sustraiga de la acción de la justicia o en su caso para garantizar la realización de la sanción impuesta.

“Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son: 1.- Prisión. 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4.- Confinamiento. 5.- Prohibición de ir a lugar determinado. 6.- Sanción pecuniaria. 7.- (Se deroga). 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito 9.- Amonestación. 10.- Apercibimiento. 11.- Caución de no ofender. 12.- Suspensión o privación de derechos. 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14.- Publicación especial de sentencia. 15.- Vigilancia de la autoridad. 16.- Suspensión o disolución de sociedades. 17.- Medidas tutelares para menores. 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. 19. La colocación de dispositivos de localización y vigilancia. Y las demás que fijen las leyes.”

La prisión es considerada como la pena más importante, debido a que se priva de la libertad al individuo, la cual no será menor de tres días ni mayor de sesenta años,

salvo lo establecido en la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, dicha pena se compurgara en los lugares establecidos para ello, debiendo computarse la prisión preventiva en la resolución.

“Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva. La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. El límite máximo de la duración de la pena de privación de la libertad hasta por 60 años contemplada en el presente artículo, no aplicará para los delitos que se sancionen con lo estipulado en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya duración máxima será la que marque dicha Ley.”

Ahora pasaremos a hacer referencia a los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales, dicho código es el ordenamiento legal de carácter adjetivo que regula el proceso penal acusatorio y oral para los delitos del fuero federal y del fuero común.

En su artículo 406 establece que el tribunal al dictar sentencia condenatoria debe de acreditar totalmente la culpabilidad del sentenciado, y fijará la pena que se le impongan al delincuente, la suspensión y aplicación de medidas alternativas, cuando sean procedente.

“Artículo 406. La sentencia condenatoria fijará las penas, o en su caso la medida de seguridad, y se pronunciará sobre la suspensión de las mismas y la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley. La sentencia que condenare a una pena privativa de la libertad, deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de base para su

cumplimiento... El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate...”

El artículo 410 menciona los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad. La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, y el grado de intervención.

“Artículo 410. El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente: Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado... Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad. Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido... Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres...”

CAPÍTULO IV. EL GARANTISMO EN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA PENA EN MÉXICO

4.1. Una propuesta de aplicación práctica ante los tribunales de justicia penal en México

El garantismo tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de todas las personas sin distinción alguna, por ello ha señalado que no solo debe de velarse por el bien común de la sociedad, sino también de los sujetos que han cometido algún delito.

El garantismo, el principio de progresividad y la finalidad que se le ha dado a la pena tienen un punto de intersección, el cual es el velar por los derechos de los sentenciados, buscando la reinserción social y rehabilitación para los mismos.

La pena de prisión, al separar al delincuente de la sociedad, privándosele de la libertad, provoca una afectación de derechos en el mismo, por lo que dicha pena ha sido calificada como la última ratio, debiéndose buscar otros mecanismos para la solución de controversias. No obstante observamos todo lo contrario, lo que ha provocado un incremento en la población carcelaria en nuestro país.

Una vez que se ha señalado al individuo como penalmente responsable por el delito realizado, es importante especificar el tiempo que dicho sujeto debe de cumplir por su conducta. Al respecto encontramos que cada tipo penal señala una punibilidad, es decir, determina un mínimo y máximo número de años que se pueden imponer en cada delito en particular, sin dejar de mencionar las circunstancias que pueden atenuar o agravar la pena.

La punibilidad que se señala en la ley penal debe de establecerse de acuerdo al bien jurídico tutelado, ya que mientras más importante sea un bien, se impondrá una pena mayor; sin dejar de lado la finalidad de la pena. No obstante en nuestro

sistema penal no se ha observado con mayor detenimiento esta finalidad y se han impuesto penas cada vez más altas por cada delito, un ejemplo de ello lo observamos en el secuestro, en donde se ha llegado a imponer una pena de hasta 80 años en el tipo básico, sin mencionar todas aquellas agravantes que pueden llegar a aumentar dicha punibilidad. En este orden de ideas notamos que el legislador no busca una reinserción del delincuente, sino su completo confinamiento en la prisión.

Resulta importante señalar que el delito de secuestro cuenta con una de las penas más altas en todo el ordenamiento penal, observando que es mayor que la del homicidio, porque mientras que el secuestro es sancionado de cuarenta a ochenta años de prisión de acuerdo a la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el homicidio tiene una punibilidad de doce a veinticuatro años de prisión, en el Código Penal Federal, mientras que en el Código Penal del Estado de México señala que será de diez a quince años.

Pero ¿por qué la punibilidad del secuestro es tan alta a comparación de la del homicidio? Se piensa que se debe a la afectación del bien jurídico, debido a que en el homicidio se priva de la vida a un sujeto en un solo momento, y en el secuestro se afecta la libertad de la persona, provocando alteraciones en sus capacidades físicas y mentales, en el transcurso de la privación de la libertad. Otra posible razón es que se debe a la época en la que nos encontramos, en donde cada vez es más frecuente el delito de secuestro; sin embargo, podemos decir con seguridad que el homicidio es más frecuente, pero ello no implica que debe de cambiar su punibilidad y aumentarla, porque de nada serviría, ya que no se ha visto ni en el secuestro ni en el homicidio que disminuya su realización, entonces ¿de qué sirven las penas tan altas en el ordenamiento jurídico, si no se ha logrado una disminución en los delitos? Al respecto se puede decir que solamente han servido para afectar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en prisión.

Ahora bien pasaremos a analizar los criterios que emplean los juzgadores al momento de imponer una pena en un caso en concreto. Se estudiarán tres casos de secuestro y tres de homicidio que fueron objeto de estudio en materia de amparo en el segundo circuito del Poder Judicial de la Federación con residencia en el Estado de México.

En el primer caso, la quejosa de cuyo nombre se hace reserva, es acusada de secuestro y delincuencia organizada, a quien en primera instancia le fue impuesta una pena de privativa de libertad de noventa y seis años de prisión y tres mil seiscientos cincuenta días multa; sin embargo tomando en cuenta la ley punitiva vigente, la pena de prisión solo podía ser de hasta setenta años, se le impuso dicha punibilidad, además se condenó al pago de la reparación del daño material y moral, se ordenó amonestación pública y suspensión de derechos políticos.

Sin embargo, en segunda instancia se modifica la sentencia emitida, quedando como sigue: se considera penalmente responsable a la quejosa por la comisión del delito de secuestro, dictándose sentencia absolutoria a la misma por el delito de delincuencia organizada, por lo tanto se condenó a treinta y siete años, seis meses de prisión, a seiscientos ochenta y siete días multa, a la reparación del daño material, se ordenó su amonestación pública y se le suspendieron sus derechos políticos.

Por lo que en fecha de nueve de abril de dos mil trece fue presentada ante la autoridad responsable la demanda de amparo, en la cual se concede la protección de la Justicia Federal en el apartado correspondiente a la individualización de la pena, para quedar como sigue:

“Amparo Directo Penal: D.P. 250/2013

SÉPTIMO. Individualización de la pena. 168. Por otra parte, como se anticipó al inicio del considerando sexto, en el aspecto relativo a la individualización de la pena, el acto reclamado resulta violatorio de los

derechos de legalidad y seguridad jurídica consignados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en perjuicio del quejoso, al advertirse que carece de motivación, lo que es suficiente para otorgarle el amparo y protección de la justicia federal...

*169. En efecto, la sala responsable se apartó de los razonamientos del juez de la causa respecto al grado de culpabilidad, el cual modificó en razón de que si bien éste realizó un correcto análisis de los aspectos que señala el artículo 57 del Código Penal para el Estado de México, al absolver por el delito de delincuencia organizada, así como por haberse ordenado la reposición del procedimiento en cuanto a diverso delito de secuestro cometido en agravio ***, la sala estimó procedente disminuir el grado de culpabilidad que el a quo había determinado como medio.*

170. En ese sentido, la sala responsable modificó dicho grado de culpabilidad para fijarlo como el intermedial entre la media y la equidistante entre la media y la mínima, por lo que concluyó que el quantum total de la pena de prisión debía quedar en treinta y siete años seis meses, y una sanción pecuniaria de seiscientos ochenta y siete días multa, equivalente a veintiocho mil novecientos veintinueve pesos, con cincuenta y siete centavos.”

Sin embargo la sala omitió realizar el estudio en cuanto a la culpabilidad, ya que no estimo la forma y grado de intervención en la comisión del delito, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión del hecho, los motivos que la impulsaron o determinaron a delinquir, así como las condiciones particulares del delincuente, por lo que se omitieron cuestiones que pudieron ser favorables a la sentenciada.

Dicho estudio es indispensable ya que la sala modifico el grado de culpabilidad y debido a que no fue el mínimo, la sala debió de haber fundando y motivado cuales fueron los factores que determinaron que la quejosa no pudiera obtener el grado de culpabilidad mínimo, para así cumplir cabalmente con los requisitos del artículo 16 constitucional. Y verificar que el juez al individualizar la pena llevó a cabo su arbitrio judicial conforme a derecho, es decir, estableció la pena dentro de las mínimas y máximas señaladas en la ley, señalando las circunstancias que favorecen al sentenciado y aquellas que le perjudican, para que se tenga como justa y equitativa la pena impuesta. Por lo que el tribunal estimó conveniente hacer las siguientes anotaciones al otorgar el amparo:

“182. De modo que para establecer el grado de culpabilidad del acusado sea indispensable hacer un análisis de la gravedad de los delitos en su aspecto objetivo; la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla; la magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado, las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado, la forma y grado de intervención del justiciable en la comisión del o los delitos; sus circunstancias personales, así como los motivos que los impulsaron o determinaron a delinquir; el comportamiento posterior del sentenciado en relación con el delito o delitos cometidos; las demás condiciones especiales y personales en que se encontraban en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma; la calidad del acusado como delincuente primario, reincidente o habitual; los aspectos que le son perjudiciales contrastados con los que le benefician, que permitirá no sólo auxiliar al juzgador a seleccionar y a cuantificar la pena, sino que resulta factor importante en su resocialización.

183. Es decir, no basta hacer una simple cita de los preceptos legales que regulan el arbitrio judicial sobre el particular ni es suficiente hablar de las circunstancias que enumeran con el mismo lenguaje general o abstracto de la ley; sino que es necesario razonar su pormenorización con las peculiaridades del inculpado y del hecho delictuoso, especificando la forma de cómo influyen en el ánimo del juzgador para ubicarlos en cierto punto entre el mínimo y el máximo, esto es, señalar los aspectos que le benefician o perjudican al justiciable, y de qué forma estos inciden en su grado de culpabilidad.”

Tal y como lo establece el párrafo 182 de la resolución, al tomar en cuenta los criterios antes mencionados, se puede verificar el grado de reinserción del sujeto, es decir, podemos determinar el grado de peligrosidad del mismo, y por lo tanto saber cuánto tiempo debe estar en prisión y que clase de estrategias deben implementarse para llevar a cabo su reinserción a la sociedad, por tal motivo es de suma importancia que el juzgador estudie cada uno de estos aspectos y en base a ellos señalar la pena que considere proporcional al hecho realizado.

Como resultado de que el tribunal haya concedido el amparo, la sala debe de realizar dicho estudio e imponer una pena que sea más favorable, ya que dicha autoridad no puede agravar puesto que la tramitación del amparo supone un efecto

favorable al quejoso, por lo tanto la pena no puede ser mayor a los treinta y siete años, seis meses de prisión. Tal y como se señala a continuación:

*“188. En el entendido que la autoridad responsable no podrá agravar las penas inicialmente decretadas, puesto que la tramitación del juicio de amparo, y menos aún, una concesión de amparo, puede tener un efecto contrario al pretendido por la ***, pues considerar lo contrario trastocaría el principio de derecho intitulado non reformatio in peius.”*

Sin embargo el artículo 259 párrafo primero del Código Penal para el Estado de México vigente al momento de la resolución, establece una pena mínima de treinta años y una máxima de cincuenta, es decir, la autoridad deberá imponer una pena entre los treinta y siete años, seis meses de prisión y treinta años, pero aunque dicha autoridad imponga la pena mínima de treinta años, ésta sigue siendo alta, si se toma en consideración la finalidad que prevé el artículo 18 tendiente a la reinserción del sujeto a la sociedad, ya que no podrá llevarse a cabo abarcando todo lo que conlleva la misma, digamos como ejemplo que la sentenciada tiene veinte años de edad, si sumamos los treinta años que le fueron impuestos dicha sentenciada saldría de prisión con cincuenta años de edad, entonces nace la pregunta ¿Cómo se reinserta a la sociedad una persona de cincuenta años? Para dicho sujeto se presentarían muchas dificultades, tales como encontrar un trabajo, la discriminación por haber estado en prisión y los cambios que pueda encontrar en su entorno familiar. Dichos cuestionamientos también son aplicables en las siguientes sentencias.

En el siguiente caso se emitió sentencia definitiva en primera instancia en audiencia de trece de febrero de dos mil trece por la comisión del delito de homicidio de ascendiente contra descendiente en línea recta, en la cual se impuso una pena a la quejosa en el juicio de amparo de setenta años, además de multa de cinco mil días salario mínimo, suspendiéndole sus derechos políticos y civiles, de igual forma se ordenó su amonestación pública, se condenó a la reparación del daño moral y material, sin derecho a ningún sustitutivo.

Dicha sentencia fue apelada y modificada disminuyendo el grado de culpabilidad e imponiéndose una pena de sesenta y dos años seis meses de prisión y multa de tres mil novecientos veinticinco días de salario mínimo.

Por lo que en fecha de diez de junio de dos mil catorce se turna la demanda de amparo al Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en la cual se concede la protección de la Justicia Federal en el apartado correspondiente a la comprobación de la responsabilidad penal y la individualización de la pena, para quedar como sigue:

“Amparo Directo Penal: D.P. 358/2014

*SEXTO. Comprobación de la Responsabilidad Penal de la Sentenciada, aquí quejosa, ***. 183. La sala responsable de forma apegada a derecho, consideró que la ahora quejosa realizó la conducta atribuida de manera dolosa; sin embargo, este tribunal estima que el elemento subjetivo específico que se actualiza es el dolo eventual (y no el directo)...”*

Conforme a lo señalado, la sala estima que la conducta desplegada por la sentenciada fue con dolo directo, mientras que el tribunal de amparo señala que se trata de un dolo eventual; dicha modificación también influye en la pena que le será impuesta a la quejosa.

Ahora bien, por lo que respecta al dolo eventual del que se hace mención, este queda acreditado ya que la sentenciada previó como posible el resultado típico y aceptó la realización del mismo. Es decir, el autor no quería que se llevara dicho resultado pero si lo prevé como posible. En el dolo eventual se representa el resultado como probable y aunque no quiere producirlo sigue actuando admitiendo su eventual realización.

La modificación del dolo directo por el dolo eventual tiene su justificación en que la sentenciada no quería la muerte de su hijo, ya que pide auxilio para que lo ayuden, sin embargo, no desplego una conducta mediante la cual se evitaría la realización del hecho, aceptando de esta forma el resultado. Es por ello que en el amparo se señala lo siguiente:

“191. Situación anterior por la que..., las probanzas justipreciadas por el tribunal de apelación, no acreditan a cabalidad que la sentenciada quería matar a su hijo, es decir, que el dolo desplegado era directo, pues incluso así lo sugiere la actitud que tomó al instante en que se convulsionó y falleció, o sea, pedir auxilio...”

Por lo tanto el dolo eventual que se presenta debe de ser tomado en cuenta para fijar la pena correspondiente conforme a lo señalado en el artículo 57 del Código Penal del Estado de México, que establece que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, fijará la pena considerando la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla.

“SÉPTIMO. Individualización de la pena. 207. En suplencia de la deficiencia de la queja, este órgano colegiado estima que el acto reclamado es violatorio del derecho fundamental de legalidad y exacta aplicación de la ley, por lo que a continuación se expone.

208. El artículo 57 del Código Penal para el Estado de México dispone lo siguiente: “Artículo 57.- El órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, fijará la pena que estime justa, dentro de los límites establecidos en el código para cada delito, considerando la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del sentenciado, teniendo en cuenta: I. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;...

209. En el particular, este tribunal depara que existe una incorrecta motivación en torno al primero de los aspectos enlistados, previsto en la fracción I del numeral transcrito.”

Conforme a lo establecido en el artículo antes mencionado el juzgador debe observar las circunstancias objetivas que rodean la comisión del delito, determinando la mayor o menor gravedad de la acción u omisión realizada por el

condenado, ello con motivo de establecer el incremento o decremento del juicio de reproche.

Además sobre la base de que el delito sea de acción, o bien, que haya sido cometido por omisión punible, el Juez atenderá a la naturaleza de la conducta efectivamente desplegada por el acusado y a los medios empleados para ejecutarla; tal y como se encuentra señalado en el amparo en comento.

“214. No se trata de valorar la clasificación genérica del delito sino de ponderar la conducta del activo y todas las circunstancias concurrentes que inciden objetiva y efectivamente para formar convicción en el juzgador de que, al actuar de tal o cual modo, sumado a las demás circunstancias previstas en el invocado artículo, el condenado revela un mayor o menor grado de culpabilidad o intensidad del juicio de reproche, especificando, en cada caso, las razones que influyen en su ánimo, para adecuarlo, en cierto punto, entre el mínimo y el máximo de las penas aplicables.”

Por lo tanto la sentencia de amparo estuvo en lo correcto al modificar el tipo de dolo, y en esa virtud, se estima necesario que la autoridad responsable lleve a cabo un nuevo ejercicio de graduación del grado de culpabilidad, ya que el plasmado en el acto reclamado tuvo como eje una incorrecta apreciación del dolo desplegado, ya que se trata de un dolo de menor intensidad.

De igual forma cuando se realice la individualización de la pena, la autoridad debe fundar y motivar el grado de culpabilidad en que ubica a la sentenciada, de acuerdo al dolo eventual mediante el cual actuó; y confrontar los elementos que le benefician y perjudican.

En este orden de ideas la pena no podrá ser mayor de los sesenta y dos años seis meses ni menor de cuarenta años, que es el mínimo señalado en la ley para el caso de agravante cuando el homicidio se comente contra descendientes, no obstante y como se ha venido haciendo referencia, dicha cuantía es muy alta para lograr la reinserción social, además en este caso en particular la sentenciada no realiza la

acción directamente, y como se mencionó antes aunque no evito el resultado, la sentenciada trato de prestar el auxilio correspondiente a su hijo para que no muriera, señalando que dicha persona no presenta un grado de peligrosidad alto como para permanecer tanto tiempo en prisión.

En los siguientes dos casos los tribunales no amparan ni otorgan la protección de la justicia federal, sin embargo, encontramos igualmente una imposición de penas altas y donde se puede observar con mayor facilidad la diferencia entre la punibilidad que se le da al delito de secuestro que al de homicidio.

Cabe mencionar que la imposición de una pena máxima en nada beneficia al sentenciado, al contrario solo se le afectan sus derechos fundamentales, ya que se le está privando de la libertad durante la mayor parte de su vida, y tal afectación se extiende a su salud física y mental, lo cual no sucedería si las penas fueran menores.

En fecha de veintinueve de octubre de dos mil doce se condena a la quejosa, al haber sido considerada penalmente responsables en la comisión del delito de secuestro imponiéndosele una pena privativa de libertad de sesenta y dos años y seis meses de prisión, así como multa de tres mil novecientos días de salario mínimo vigente, en la época de los hechos.

Inconforme con dicha resolución interpuso recurso de apelación, el cual resolvió en confirmar la sentencia condenatoria; posteriormente promovió juicio de amparo en el que se concedió la protección constitucional modificando la pena impuesta para quedar en cincuenta y ocho años y seis meses de prisión y tres mil trescientos ochenta y siete días multa. Por lo que mediante escrito de veinte de julio de dos mil quince el quejoso interpuso recurso de inconformidad en contra de la sentencia de amparo mencionada.

El recurso de revisión versa en la inconformidad del quejoso al no aplicar una ley intermedia que preveía una pena más benéfica para el delito de secuestro, no obstante como se observara con posterioridad, la aplicación de dicha ley no puede ser impuesta debido a que al momento en que se pretende sea aplicada, dicha ley ya se encuentra derogada, tal y como se observa a continuación.

“Amparo en Revisión: R.P. 451/2015

QUINTO. Estudio del asunto. En efecto, como lo determinó el a quo de amparo, derivado del proceder de la sala responsable, la solicitud del recurrente relativa a la aplicación de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el treinta de noviembre de dos mil diez, resulta improcedente. Para sustentar lo anterior, en principio cabe destacar que efectivamente el treinta de noviembre de dos mil diez, se promulgó la ley general aludida, la cual entró en vigor a los noventa días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir, el veintiocho de febrero de dos mil once.

Sin embargo, no es procedente la aplicación de dicha legislación en favor del quejoso, toda vez que fue reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de junio de dos mil catorce, en vigor a partir del día siguiente de su publicación, esto es, el cuatro de junio de dos mil catorce, mientras que el recurso de revisión extraordinaria del cual deriva la resolución reclamada se interpuso hasta el tres de marzo de dos mil quince, esto es, una vez que ya había entrado en vigor la reforma indicada, la cual establece penas más severas, cuya aplicación resultaría perjudicial al recurrente.”

Lo que refiere la quejosa, es que durante el veintiocho de febrero de dos mil once y el dos de junio del dos mil catorce se encontraba en vigor una ley que estipulaba una pena más favorable para ella, sin embargo el tres de junio del dos mil catorce entro en vigor la actual ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, la cual señala penas de las cuales su aplicación resultarían perjudicial a la quejosa; debido a que el recurso de revisión se interpuso hasta el tres de marzo de dos mil quince no es posible aplicarle la ley de la cual se buscaba su aplicación, no obstante, podemos mencionar que pudo haber sido un error de la quejosa aducir a dicha ley cuando ya estaba derogada o bien puede ser un reproche a la autoridad

por no realizar el estudio del asunto de forma pronta para que así pudiese serle aplicada la ley más favorable.

Ahora pasaremos al estudio del siguiente caso, en el cual se dictó sentencia por el delito de homicidio imponiendo una pena privativa de libertad de cuarenta y tres años nueve meses, multa de un mil doscientos treinta y siete días de salario mínimo vigente al momento de los hechos, suspensión de derechos civiles y políticos, amonestación pública y pago de la reparación del daño.

Motivo por el cual el sentenciado interpuso recurso de apelación, que modificó la sentencia ubicando al sentenciado en un grado de culpabilidad mínimo imponiéndole la pena de cuarenta años de prisión y multa de setecientos días de salario mínimo vigente en la entidad en la época de los hechos; por lo que el sentenciado demandó el amparo y la protección de la justicia federal en fecha de doce de mayo del dos mil catorce

“Amparo Directo Penal: 313/2014-III

SEXTO. Estudio de los conceptos de violación. También resulta infundado el concepto de violación identificado con el ordinal 10, en el que el accionante de amparo señala que la ad quem estaba obligada a expresar de forma fundada y motivada la existencia del acuerdo entre el autor material y el quejoso para dar muerte al occiso, es decir, las pruebas que valoró para llegar a dicha convicción.

En relación a lo anterior, debe decirse que de la sentencia reclamada, particularmente del apartado en el que la ad quem analizó la responsabilidad penal del quejoso, se desprende que para tener como acreditada su forma de participación, en términos del artículo 11, fracción II, inciso b) del Código Penal en el Estado de México, la Sala penal del conocimiento valoró el testimonio que rindieron en audiencia del juicio oral los testigos de cargo. Así mismo, de dicho apartado se advierte que la autoridad de segunda instancia expresó las consideraciones lógico-jurídicas, es decir, los razonamientos a través de los cuales concluyó que el quejoso adecuó su conducta, en cuanto a su participación en la comisión del delito de Homicidio, a la hipótesis legal referida en la que se establece que son partícipes quienes cooperen de forma previa y simultánea en la realización del hecho, sin dominio del mismo.”

Al respecto se puede decir que un sujeto participa en la comisión de un delito cuando interviene en un hecho ajeno (que es el realizado directamente por el autor). La participación puede darse a título de cooperador necesario o de cómplice, dependiendo en la forma de intervención. En el presente asunto el quejoso alude que debe de existir un acuerdo de voluntades con antelación a la comisión del ilícito, sin embargo la participación no requiere necesariamente la existencia del mismo, dado que del actuar del sujeto se desprende el propósito y consentimiento para cometer el delito.

El sujeto participa de manera esencial, sin dominio del hecho, toda vez que el autor material es otra persona. No obstante esta concepción no impide que el partícipe sea condenado con la misma pena que el autor, esto es porque dicha punibilidad se encuentra ligada a la del autor, que es la figura en torno al cual gira la configuración del tipo delictivo.

Para determinar la pena que le será impuesta al partícipe debe de determinarse su grado de participación y todas aquellas circunstancias que le pueden ser favorables, ya que dicho sujeto no es quien realiza de manera directa el ilícito, sino que queda ligado a la acción de otra persona; por lo tanto dicho sujeto no presenta una peligrosidad como la del autor, y resulta ilógico que se le aplique la misma pena a ambos. La sala correctamente le atribuye una culpabilidad mínima, señalando lo siguiente:

“Individualización de la pena... Precitado lo anterior, debe decirse que no viola derechos fundamentales del quejoso la individualización de las penas realizada por la responsable al haberse fijado un grado de culpabilidad mínimo. Así las cosas, en virtud de que la sanción del delito de Homicidio Calificado, prevista en el artículo 242, fracción II, del Código Penal para el Estado de México, vigente en la época de los hechos, establecía como margen de punición de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa, la autoridad responsable correctamente impuso por ese delito cuarenta años de prisión y multa de setecientos días de salario mínimo que a razón de cincuenta y seis pesos

con setenta centavos, da un total de treinta y nueve mil seiscientos noventa pesos, tal como se determinó en la sentencia reclamada.”

La razón por la que se debe de considerar en un grado de culpabilidad mínima es que dicho sujeto no realizó la acción tendiente a privar de la vida a otro, sino que solo se configura como un partícipe dentro del hecho típico, además debe tomarse en cuenta que al tratarse de un sujeto joven se facilita su reinserción social y que el motivo que lo impulsó a delinquir fue el inadecuado control de sus impulsos, ya que mostró cooperación durante todo el proceso; por lo que con un correcto tratamiento, dicho sujeto puede ser reinsertado a la sociedad de manera efectiva.

Cabe señalar en este caso las deficiencias que presenta nuestro sistema de justicia penal, ya que el autor del hecho típico se dio a la fuga y no ha sido posible localizarlo, y entonces podemos afirmar que un sujeto cuya peligrosidad es mayor se encuentra gozando de su libertad, mientras que el sentenciado que tiene una culpabilidad mínima y presenta un buen comportamiento está condenado a pasar cuarenta años en prisión.

En las siguientes resoluciones de amparo se otorgan en la primera el amparo y la protección de la justicia federal y en la segunda se niega la misma.

La siguiente resolución de amparo versa sobre el delito de secuestro; la autoridad de primera instancia sentenció al inculcado a una pena privativa de libertad de cuarenta años de prisión y multa de mil días de salario mínimo en la zona económica del día en que ocurrieron los hechos, a la reparación del daño y amonestación pública.

Inconforme con dicha resolución el sentenciado interpuso recurso de apelación, en donde se confirmó la sentencia condenatoria. Con tal motivo y por considerar que se violaron sus derechos fundamentales interpuso amparo directo el día veintitrés de abril de dos mil trece, en contra de la sentencia dictada por la sala que resolvió

confirmar la sentencia condenatoria dictada en su contra. Sin embargo el tribunal otorga el amparo al quejoso, para que la autoridad responsable realice un adecuado razonamiento en cuanto a su arbitrio judicial, tal y como a continuación se expone:

“Amparo Directo: D.P. 367/2013-II

SEXTO. Estudio del asunto... Por otra parte, en suplencia de la deficiencia de la queja resultan fundados los conceptos de violación, en los que el quejoso se duele de la imposición de las penas, toda vez que de la lectura del considerando IV de la sentencia condenatoria —la cual fue confirmada y en consecuencia hizo suya el Tribunal de Apelación— se advierte que no se razonó adecuadamente el arbitrio judicial.

En efecto, al individualizar las consecuencias jurídicas de los delitos la autoridad judicial determinó substancialmente que el reo es de cuarenta años, de ocupación taxista, además de que precisó sus ingresos, estado civil, que no es afecto al tabaco comercial ni a las bebidas embriagantes y drogas, que el día de los hechos se encontraba en estado normal (sic)... que se encuentra sentenciado por falsificación de documentos y que además está procesado por robo, sin que exista condena que demuestre que se ha dictado sentencia de condena, por lo que se le considera como delincuente primario, que presenta contaminación social y es probable su reiteración conductual porque no analiza lo inadecuado de su proceder,... que puso en peligro la seguridad e integridad del secuestrado, que causó daños morales y materiales, y quien se conduce de esta manera en compañía de otras personas para realizar actos que afecten bienes jurídicamente tutelados en forma reiterada son un peligro social. Tales circunstancias permitieron establecer a la responsable que el quejoso tiene un grado de peligrosidad punición (sic) levemente superior al equidistante entre el medio y el máximo.”

De lo anterior se advierte que el juzgador solamente se limitó a hacer un enunciado de las condiciones personales del reo y de las circunstancias de ejecución del delito que estimó convenientes apreciar para imponer la pena, pero omitió razonar y especificar la relación de las particularidades del reo con el hecho delictuoso, así como los aspectos que pudieran llegar a beneficiar al sentenciado. De tal forma el juzgador puede justificar su determinación de tener al sujeto en cierto punto entre el mínimo y el máximo.

Además existen ciertas incongruencias al realizar la individualización de la pena, ya que se hace mención que el acusado se encontraba sentenciado por falsificación

de documentos y que se encontraba en proceso por robo, y sin embargo a continuación indicó que no existe constancia que demuestre que se ha dictado sentencia de condena y que la misma ha causado ejecutoria, por lo que se le considerada como delincuente primario. Por lo tanto lo más lógico era que se le atribuyera un grado de peligrosidad mínimo.

Asimismo, se advierte que para asignar las sanciones la autoridad judicial apreció, el apoderamiento de las pertenencias del afectado, y el hecho de que quién se conduce en compañía de otras personas para realizar actos que afectan bienes jurídicamente tutelados en forma reiterada evidentemente son un peligro social. Lo cual resulta incorrecto, ya que la autoridad está haciendo un doble reproche respecto de una misma determinación, ya que dichas conductas ya se encuentran establecidas en los tipos penales, por lo que no debió tomarlos en consideración nuevamente.

“De ese modo, debe concederse el amparo y protección de la justicia federal al quejoso para el efecto de que la autoridad responsable deje sin efecto la sentencia dictada el diez de marzo de dos mil y en su lugar dicte otra en la que, dejando intocados los aspectos que no son materia de la concesión, proceda con plenitud de jurisdicción a individualizar nuevamente la sanción y proceda a examinar la legalidad de la pena de reparación del daño impuesta en primera instancia.”

Por lo tanto la autoridad responsable deberá razonar debidamente su arbitrio judicial, tomando en consideración las particularidades del sentenciado y las circunstancias de ejecución de los delitos, determinando las sanciones que sean las exactamente aplicables y resulten justas e idóneas para conseguir los fines de la pena, que son la prevención general, la prevención especial y la reinserción social.

La siguiente resolución de amparo versa sobre un delito de homicidio culposo, en el cual se impuso una pena privativa de libertad de cuatro años, un mes, quince días, pago de una multa por un total de sesenta y ocho días de salario, pago de la

reparación del daño, suspensión de sus derechos políticos y civiles y amonestación pública, otorgándole el beneficio de la suspensión condicional de la condena.

Inconforme con dicha sentencia el quejoso interpuso recurso de apelación en el cual se modificó la resolución de primera instancia donde preciso los montos de la reparación del daño moral y material, sin modificar dicha cantidad. Asimismo establece que el sentenciado puede acogerse al beneficio de la suspensión condicional hasta antes de cumplir la pena de prisión y no solo dentro de los treinta días siguientes a que cause ejecutoria la sentencia.

No obstante el sentenciado interpuso el amparo en fecha de veinticinco de noviembre de dos mil trece, aduciendo entre los conceptos de violación que no se llevó a cabo una valoración adecuada de las pruebas, ya que de haberlo hecho hubiese sido absuelto, además señala que el monto fijado por el concepto de reparación del daño resulta excesivo. Sin embargo el tribunal considero infundados los conceptos de violación expresados por el quejoso, tal y como se aprecia a continuación:

“Amparo Directo Penal: 48/2014-III

SEXTO. Estudio de los Conceptos de Violación... Cabe señalar que no asiste razón al quejoso al indicar que la autoridad responsable llevó a cabo una valoración parcial de las pruebas allegadas a la causa, pues como se indicó, la autoridad responsable en la sentencia reclamada, se pronunció en torno al valor, tanto de las pruebas de cargo, como de las de descargo.”

Debido a que la autoridad realizó el estudio de cada una de las pruebas, señalo cuál de ellas resultaba idónea para acreditar la responsabilidad penal del inculpado, por ello el tribunal considero infundado los conceptos de violación, ya que aun cuando la autoridad responsable hubiese tomado en cuenta las pruebas que señala el quejoso, la sentencia no habría sido modificada ya que se aportaron otras pruebas que fueron suficientes para tener acreditado el hecho típico.

En otro orden de ideas, se aprecia que, se consideró el grado de culpabilidad intermedial bajo, es decir, la equidistante entre la mínima y la media, tomando en consideración para ello la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado, las circunstancias de tiempo, modo u ocasión del hecho delictuoso, las circunstancias personales del delincuente, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, su comportamiento posterior con relación al delito cometido y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba, así como su calidad de delincuente primario.

Sin embargo tomando en consideración las circunstancias del hecho típico, resultaría más benéfico al autor del delito tenerlo en una culpabilidad mínima para imponerle el mínimo establecido en la pena que es de tres años y no la de cuatro años, un mes, quince días, ya que solo se está alargando su estancia en un lugar que lo deteriora tanto mental como físicamente. Quedando de la siguiente manera la sanción referida:

“Así las cosas, en virtud de que la sanción correspondiente al delito de que se trata, en términos del párrafo primero del artículo 61 del Código Penal para el Estado de México, es de tres a doce años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, fue correcto que la sala penal responsable impusiera al quejoso cuatro años un mes, quince días de prisión y multa por sesenta y ocho días del salario que dijo percibir...”

El siguiente concepto de violación versa sobre la cantidad a pagar para la reparación del daño, cabe destacar que como al quejoso se le concedió el beneficio de la suspensión condicional, éste se encuentra condicionado a pagar la reparación del daño y la multa impuesta, así como la exhibición de una garantía de diez mil pesos, mencionando que la cantidad señalada para la reparación del daño fue de ciento veintinueve mil ochocientos setenta y seis pesos, lo cual aunque se encuentre establecido en la Ley Federal de Trabajo resulta excesiva, ya que el sentenciado mencionó que se dedicaba a ser chofer de transporte público, resulta inexacto pensar que tenga dicha cantidad para pagar la reparación del daño en ese

momento, además de que probablemente su familia tampoco sea capaz de conseguir el dinero, por lo que se tiene que el sentenciado permanecerá en prisión durante los cuatro años, un mes, quince días.

Es cierto que no se violentan las garantías del sentenciado ya que la imposición de dicha multa se encuentra debidamente establecida en el Código Penal del Estado de México y en la Ley de Trabajo, pero resulta perjudicial para que el sujeto pueda gozar de la suspensión de la pena. Al respecto en el amparo hace la siguiente anotación:

“Tampoco irroga agravio al quejoso que la Sala responsable hubiera condenado al quejoso a la reparación del daño por la cantidad de \$129,876.00 (ciento veintinueve mil ochocientos setenta y seis pesos 00/100 M.N.), pues como acertadamente lo indicó la responsable, dicho monto es acorde a lo establecido en el artículo 30 del Código Penal para el Estado de México, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo. Por tanto, es infundado lo aducido por el quejoso en el concepto de violación sintetizado con el número 5, relativo a que es excesivo el monto fijado por concepto de reparación del daño, dado que la autoridad responsable omitió tomar en consideración las características de la víctima, tales como la edad, la actividad a la que se dedicaba si tenía dependientes económicos etc.”

Como se ha observado a lo largo de este capítulo, es de suma importancia relacionar la punibilidad de los delitos con la protección de los derechos humanos de los sentenciados, ya que se observa que en lugar de buscar su reinserción se prefiere que permanezcan en prisión, creyendo de forma errónea que esto ayudara a evitar que se consumen más delitos y a proteger a la sociedad; no obstante tal y como se advierte en uno de los casos, en algunas ocasiones solo se logra juzgar a un partícipe del delito en vez del autor del mismo, lo cual da como resultado que una persona que representa más peligro este en libertad y la que es más inofensiva se encuentre en prisión, y por un periodo de tiempo demasiado largo como para poder disfrutar plenamente su libertad cuando le sea concedida.

Es por ello que se propone que los juzgadores tomen en consideración al dictar una sentencia el principio de progresividad, enfocándose al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del sentenciado, buscando un avance y una mejoría de las condiciones de los sentenciados, velando porque se lleve a cabo la reinserción social, ya que dichos individuos al momento de regresar a la sociedad, deben de poder continuar su vida de la misma forma que todos los demás, buscando una solución al problema de la criminalidad en nuestro país, evitando que se cometan conductas antijurídicas.

Al tomar en cuenta el principio de progresividad los jueces deben de observar las circunstancias personales de cada individuo, buscar la mejor forma de imponer una sanción, por ello que se propone una disminución en la pena, buscando cambios tanto a nivel legislativo, ejecutivo y judicial, es decir, el legislador debe de verificar que realmente los criterios de punibilidad son los adecuados para cada delito, ya que hoy en día no se ha visto ningún progreso en evitarlos; que los jueces al momento de imponer una sentencia procuren imponer la pena mínima para que se logre una mejor reinserción social, y que en la ejecución penal se busquen más criterios que puedan utilizarse para ser disminuidas dichas penas, con ello e implementando correctamente el trabajo, la educación, la salud y el deporte estipulados en el artículo 18 constitucional, podemos realizar una reinserción social completa y evitar en la medida de lo posible que se sigan cometiendo más delitos.

Es por ello, que el juez debe enfocar su sentencia a la reinserción del delincuente y no solo al castigo que se le debe de imponer a este por la realización de un delito; es decir, ver de qué manera puede ser efectivamente reinsertado a la sociedad y en cuanto tiempo puede lograrse dicho objetivo, velando de igual forma por la protección de sus derechos fundamentales y tomando en consideración que las actuales condiciones en las prisiones no son nada favorables a ellos, y que por lo tanto debe evitarse que permanezca un tiempo irracionalmente largo en ellas.

4.2. El principio de progresividad como parte de la política criminal de un sistema penal garantista

La política criminal se puede definir como la actividad que realiza el Estado para establecer medidas, estrategias y acciones destinadas a la prevención y supresión de los delitos.²⁴⁴ No se debe confundir la política criminal con la criminología, ya que la primera se enfoca a establecer los medios necesarios para evitar conductas antijurídicas, mientras que la segunda estudia los factores que las causan, proporcionando elementos suficientes para combatir dichas conductas.

La política criminal tiene su principal herramienta en la legislación penal, ya que mediante ella se busca intimidar a la sociedad para que no cometa delitos, al respecto y como ya se mencionó, la legislación penal tiende a buscar una prevención general y especial, la primera se enfoca en todos los individuos de la sociedad, mientras que la segunda está destinada a aquellos sujetos que ya han delinquido con anterioridad.

Cabe destacar que una correcta prevención especial, se ve reflejada en los medios empleados para lograr la reinserción del delincuente, ya que si esta se lleva a cabo de manera eficiente, el sujeto no encontrará motivos para volver a delinquir.

Moisés Moreno define a la política criminal de la siguiente manera:

“La política que el Estado adopta para cumplir su función en materia criminal, y tiene como objeto primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad; lo realiza previniéndolo y/o reprimiéndolo a través de una serie de medidas o estrategias que, por ello, son consideradas político criminales, y por otro lado como conjunto de conocimientos en torno a ese grupo de medidas, estrategias, acciones o decisiones que el Estado adopta para enfrentar el problema de la delincuencia.”²⁴⁵

²⁴⁴ Política Criminal y Seguridad Pública, en página web www.catarina.udlap.mx, consultado en abril 03, 2016, p. 8.

²⁴⁵ Ídem.

Con la política criminal se busca reducir los índices de delincuencia y lograr una vida armónica en sociedad. La mejor forma de lograr estos fines es previniendo la realización de la conducta típica, implementando medidas para mejorar la calidad de vida de las personas que viven en sociedad, instaurando programas de ayuda material y moral, principalmente en lugares y para personas que se ven rodeados de factores poco favorables o tendientes a la realización de conductas antisociales; por ello se deben de atender factores tales como la educación, el trabajo, la salud, la vivienda, y la participación ciudadana, teniendo como principal objetivo una convivencia pacífica entre los individuos de una sociedad, garantizando los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

De igual manera se debe promover y facilitar la participación de la sociedad civil y sus instituciones en el proceso de reinserción social. Porque con la participación de la sociedad se pretende que cada individuo entienda la importancia de sus derechos, y que de esta forma puedan velar por el respeto de los derechos de los demás, logrando una igualdad y solidaridad entre todos los integrantes de una sociedad.

La política criminal como ya se mencionó con anterioridad busca reprimir y evitar los delitos, de esta forma cuando se habla de represión, estamos en presencia de la forma en que el Estado castiga los delitos, no obstante se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años una ideología en la que el Estado supone que mientras más severas sean las penas y exista un catálogo de delitos más amplio, se está logrando una correcta aplicación de la justicia, no obstante dichas acciones solo provocan que exista incremento en la población carcelaria, eludiendo las condiciones inhumanas que se presentan en todo el sistema penitenciario de nuestro país. Por tal razón se puede decir que el Estado ha estado adoptando el camino más fácil para lidiar con las conductas antisociales, en vez de buscar otras soluciones que podrían ser más efectivas.

Cuando una política criminal es débil, no se logra evitar la realización de conductas delictivas, ni una correcta represión de las mismas. Debido a ello se busca desarrollar la idea de prevenir la criminalidad por medios distintos a la amenaza de permanecer en prisión por un excesivo número de años. Es así como se busca que se respeten los principios que rigen la materia penal tales como el de *ultima ratio*, con el cual se pretende que el poder punitivo del estado intervenga exclusiva y únicamente cuando por otros medios no se logre solucionar el conflicto entre las partes; y el principio de progresividad, el cual tiene un enfoque en el avance y progreso del derecho penal en nuestro país y en la protección de los derechos humanos.

Al aplicar el principio de progresividad en el derecho penal se busca la protección más amplia de los derechos de los individuos que se encuentran en prisión y proveer las herramientas para la reinserción del delincuente.

Cuando hablamos de implementar el principio de progresividad como un medio de política criminal, buscamos frenar de esta forma el poder punitivo del estado, buscando que por otros medios se logre encontrar una solución al conflicto, y que se lleve a cabo una reducción en las penas, recordándole al Estado que una de sus finalidades es la protección de los derechos de todos sus ciudadanos y no solamente de los que se encuentran en libertad, logrando el menor perjuicio posible a los derechos fundamentales de los sentenciados.

Además se busca implementar otras medidas tales como mejorar la calidad de vida de los individuos dentro de la prisión, donde se pueden emplear estrategias tendientes a educar y cambiar su percepción de la vida fuera de prisión, es decir, se busca un cambio en su pensamiento, en donde ya no tenga motivos para cometer algún ilícito y por el contrario se enfoque a mejorar su calidad de vida y en participar de manera eficiente en la sociedad.

Sin embargo en la actualidad la prisión solo ha generado un deseo de libertad y degradación del individuo y no de progreso. Que se debe principalmente a los tratos inhumanos que recibe el sujeto dentro de prisión, lo cual solo provoca odio y venganza hacia la sociedad, por lo tanto se busca que dicho sufrimiento innecesario sea el menor posible, promoviendo que la pena sea disminuida. Ello en virtud de que la pena ha demostrado su ineficacia en la prevención de los delitos

En este orden de ideas el juzgador debe establecer la pena de prisión tomando en consideración el tiempo necesario para lograr la reinserción del individuo. Evitando la imposición de penas excesivas, y corregir la idea que se tiene de que mientras más tiempo este un individuo en prisión es mejor para la sociedad.

Podemos decir que la principal causa en el aumento de la punibilidad es la presión de intereses sectoriales, provocando ineficacia en el sistema de derecho, beneficiando solo a las personas que pertenecen a ese grupo.

Cuando Luigi Ferrajoli menciona que debido a la ineficacia de la pena de prisión, el máximo de la misma debe ser de quince o veinte años y no más, es porque después de ese tiempo una persona es diferente. Con lo cual estamos completamente de acuerdo, ya que es imposible que una persona permanezca inmutable después de tanto tiempo; lo peor es que la mayoría de las personas presentan cambios negativos, lo que provoca su reincidencia en la comisión de delitos.

El derecho penal es el instrumento más riguroso con el que cuenta el estado para mantener el orden en la sociedad, es así que se debe buscar su menor aplicación posible, y limitar su empleo solo en aquellos casos donde es inevitable su aplicación, a efecto de asegurar la protección de bienes jurídicos. Dado que es mejor buscar minimizar la violencia, tanto de los delitos como de la aversión del mismo.

Con el sistema progresista se busca orientar el sistema jurídico mexicano a establecer medidas tendientes a proteger los derechos humanos. Esto se encuentra

robustecido con el garantismo de Ferrajoli, ya que se minimiza la violación de los derechos en materia penal, garantizando el correcto ejercicio de los poderes del estado, es decir, en el caso del poder legislativo, este debe hacer un estudio extenso de las conductas que son penadas por el Estado y determinar cuáles no requieren de ello, mientras que el poder judicial debe de hacer una correcta interpretación de la ley y adecuarla al caso concreto. Un exceso en el ejercicio de dichas funciones provoca violaciones a los derechos fundamentales.

Debido a que cuando un sujeto es condenado a prisión no solo se le afecta su derecho a la libertad, sino también el de salud, educación, trabajo, comunicación y desarrollo, que no deben ser sacrificados por la voluntad de la mayoría o del bien común. Por ello se busca que el empleo de la pena de prisión disminuya con el avance del tiempo.

En la actualidad observamos que la criminalidad no ha disminuido a pesar del aumento de la punibilidad, por lo que podemos concluir que la implementación de esta medida no ha servido para la prevención de los delitos. Como apoyo a lo antes expuesto podemos retomar las tesis de Claus Roxin respecto de los inconvenientes del incremento de las penas privativas de libertad, ya que como establece, es imposible educar a un individuo separado de la sociedad, de su familia y de su relación laboral, y estando en condiciones totalmente distintas de las existentes a la vida en libertad. Además de que el sujeto puede aprender nuevas conductas delictivas, sin dejar de lado el costo que implica el mantenimiento de las prisiones, el personal y la vigilancia de la misma.

4.3. El efecto positivo del principio de progresividad en la población carcelaria de nuestro país

Uno de los principales problemas en el sistema penitenciario es la sobrepoblación que existe en las prisiones. Ello se debe al excesivo uso de la pena privativa de

libertad, dejando a un lado las sanciones alternativas que serían mucho más apropiadas y menos costosas.

El uso excesivo de la pena de prisión ha tenido como resultado el hacinamiento, la incorrecta clasificación de los prisioneros, el abuso por parte de los custodios y la corrupción de las autoridades. Teniendo como resultado una constante violación de los derechos fundamentales de los prisioneros.

Con la implementación de penas alternativas se busca reducir los enormes gastos representados por el mantenimiento de la población carcelaria, los cuales podrían destinarse a mejorar las condiciones de vida y de sociabilidad dentro de las cárceles, así como fomentar las relaciones de los delincuentes con la sociedad.

De igual manera el sistema penitenciario debe de desarrollar un régimen de internamiento, que contenga programas efectivos y eficientes para obtener un mayor beneficio para los presos.

Al aplicar el principio de progresividad en las sentencias de los jueces y tribunales, enfocado en la imposición de penas mínimas y la protección de los derechos fundamentales, obtenemos un resultado positivo en la despresurización de las prisiones, ya que el tiempo que se está en prisión disminuye y poco a poco la población carcelaria será menor. Por ello al haber menos presos se mejorarán las condiciones de vida dentro de los centros penitenciarios.

Además la ineficacia de los programas desarrollados hasta el momento, se atribuye a que no se analiza el problema desde el punto de vista de protección de los derechos fundamentales. Por ello debería existir una humanización de la prisión, al no haber más castigo hacia el sentenciado que la privación de su libertad, evitando cualquier exceso.

El hacinamiento en las cárceles, suele tener ciertas repercusiones, tales como: provocar un autogobierno por parte de reclusos más peligrosos que obligan a los demás reclusos a cumplir sus reglas; la existencia de corrupción por parte de la autoridad; falta de condiciones salubres para vivir; violencia; suicidios; deterioro en la salud, entre otros.

Otro problema es el costo que implica para el Estado el mantener dichos espacios. Por lo que es necesario hacer un estudio del costo que conlleva el mantener a toda esta población y determinar el éxito o fracaso medido por su no reincidencia, cuando han sido liberados, si de ello resulta que no se ha logrado dicho propósito, es necesario implementar otras medidas. Ya que el dinero que se destina para mantener las prisiones no se utiliza en otros bienes públicos fundamentales como la educación, salud, infraestructura.

Se dice que existe sobrepoblación cuando el número de internos excede los espacios disponibles en determinado centro penitenciario. Debido a ello las condiciones de vida son degradantes. Por ejemplo, en celdas construidas para seis u ocho personas, se alojan hasta 14 o 20 internos, haciendo que no exista espacio suficiente para que dichos individuos puedan siquiera dormir cómodamente y puede ocasionar contagios de numerosas enfermedades.

Las siguientes tablas muestran la población penitenciaria en el año 2014 por delitos de fuero común y federal, su género y si dichos individuos están sentenciados, o en proceso.

Tabla 1 Delitos de fuero común

Población total	199 479	Hombres	183 523	Mujeres	15 956
Población procesada	124 241	Primera instancia	97 821	Segunda instancia	26 420

**Población sentenciada 48
203**

Tabla 2 Delitos de fuero federal

Población total	28 175	Hombres	25 948	Mujeres	2 227
Población procesada	16	Primera instancia	13 060	Segunda instancia	3 147
207					

**Población sentenciada 7
218**

Fuente: Estadísticas Judiciales en Materia Penal, INEGI

Como puede observarse tanto en delitos del fuero común, como del fuero federal la población que se encuentra en proceso es mayor que la sentenciada, con ello podemos verificar el uso excesivo de la prisión como pena y como medida cautelar (prisión preventiva).

Ahora bien de acuerdo al INEGI en la República Mexicana contamos con 269 centros penitenciarios, los cuales tienen una capacidad para 173 400 personas, lo que resulta insuficiente para los 199 479 reclusos en materia de fuero común y los 28 175 del fuero federal. Provocando que exista hacinamiento en las prisiones.

A continuación se muestra una gráfica de los espacios (camas útiles) con los que se cuentan para la población penitenciaria donde podemos apreciar que se destinan más recursos para población en proceso de recibir sentencia que a la población ya sentenciada, ya que el número de camas útiles para población sentenciada es de 67 802, y para la población en proceso es de 75 025, lo cual resulta un tanto ilógico,

ya que si dicha población posteriormente es condenada a permanecer en prisión, no se tendrán los espacios suficientes para albergarlos.

Por lo tanto es mejor implementar medidas alternativas a la de prisión, ya que de lo contrario solo seguirá aumentando la población en las cárceles y con ello las violaciones a los derechos fundamentales de las personas que se encuentran reclusas.



Fuente: Estadísticas Judiciales en Materia Penal, INEGI

La sobrepoblación y la poca inversión pública generan un entorno de escasez, lo que provoca que existan disputas por los espacios, alimentos y servicios, los que además implican un gasto para el prisionero, ya que existe un sistema informal de cobros que se realizan a los internos para tener acceso a ciertos servicios o para liberarlos de ciertas obligaciones. Es preciso mencionar que dichas acciones son efectuadas tanto por las autoridades encargadas de los centros penitenciarios, como de los mismos reclusos que han establecido grupos de control para someter a los más desprotegidos.

Los principales recursos que se ven afectados por la sobrepoblación en los centros penitenciarios son el agua, los alimentos, artículos de uso diario, tales como

sábanas, cobijas, ropa y calzado, medicamentos, instrumentos y materiales para llevar a cabo las curaciones de primeros auxilios. Además persiste la falta de actividades deportivas y culturales.

Al existir dicha escasez en los centros penitenciarios, la familia de los reclusos son quienes tratan de subsanar dichas deficiencias, ya que se encargan de proveer algunos recursos necesarios a los reclusos. Por si esto no fuera poco los familiares también se ven obligados a pagar cuotas por llamadas, visitas y seguridad. Provocando con ello que algunos internos nunca reciban visitas.

El personal penitenciario, también juega un papel importante en la vida dentro de la prisión, porque dicho personal debe de tratar con dignidad y respeto a los reclusos y velar por el orden y seguridad dentro de los centros. Una de las razones por lo que este sistema no ha funcionado de manera adecuada es que el personal es insuficiente.

Los problemas mencionados con anterioridad tienen como resultado que existan situaciones precarias de vida dentro de la prisión, y que no se logre cumplir con los propósitos de prevención y reinserción social. Además la vulnerabilidad que sufren los presos se ha visto reflejada en el número de quejas presentadas ante los organismos protectores de los derechos humanos y las recomendaciones emitidas por los mismos.

Otra consecuencia del excesivo uso de la prisión es el costo social y monetario que implica. Cuando nos referimos al costo social, hablamos que las penas privativas de libertad traen consigo que el individuo sea estigmatizado por la sociedad al haber estado en prisión, acarreando consecuencias también para su familia. Por su parte el costo monetario implica el gasto del erario público, lo que resulta perjudicial, ya que el dinero que pudo haber sido destinado para educación, salud, trabajo o infraestructura se destina a mantener a la población carcelaria.

Se busca despresurizar los centros con el empleo de alternativas a la prisión, particularmente para delitos menores, ya que si se construyen más centros de reclusión, no beneficiaría en nada porque con el tiempo volverían a llegar al límite de su capacidad, además de que representaría un gasto mayor para el Estado al tener que construir y administrar los penales, así como la manutención de los internos.

Conclusiones

La pena ha pasado por diferentes fases, siendo considerada desde un medio de venganza hasta un medio de reinserción social. En general la pena es definida como la consecuencia inmediata por la realización de un delito, la cual es impuesta por un juez. La facultad que tienen nuestros juzgadores y los lineamientos que deben de seguir al imponer una pena se encuentran regulados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte. Por lo que respecta a la pena de prisión, esta se fue implementando debido a la importancia que se le empieza a dar a la protección de los derechos humanos.

En nuestro país se ha desarrollado un sistema de justicia represivo, el cual solo busca alejar y retener el mayor tiempo posible a los individuos que han cometido conductas antijurídicas, sin velar por el respeto de sus derechos fundamentales. Es por ello que con el garantismo se busca la igualdad de todos los ciudadanos, sean desviados o no. Por lo que no solo se quiere lograr una prevención de los delitos, sino también la corrección de reacciones informales a los delitos, tales como la venganza o justicia privada, la minimización de las penas y el respeto a los derechos fundamentales.

Es correcto tomar en consideración y llevar a cabo la propuesta de Ferrajoli de una política de desprisonalización consistente en la limitación de la cárcel sólo para los delitos más graves y la previsión para el resto, o bien imponer penas alternativas, que priven sólo parcialmente de la libertad personal o la libertad de circulación.

Con la implementación de estas penas alternativas se busca reducir los enormes gastos representados por el sostenimiento de la población carcelaria, que podrían destinarse a mejorar las condiciones de vida y de sociabilidad dentro de las cárceles y de igual manera a fomentar las relaciones de los delincuentes con la sociedad.

El aumento de las penas no ha logrado que disminuyan los delitos. No obstante dicho propósito puede ser logrado si existe una efectividad al dictar las mismas, ya que cuando se está seguro de que al cometer una acción delictiva se va a tener la consecuencia correspondiente y de forma precisa, aunque la pena sea mínima, influye mejor en el pensar de un individuo, que cuando no existe una correcta administración de la justicia.

Al disminuir la pena de prisión se busca que se vean afectados en menor medida los derechos fundamentales de los sentenciados a pena de prisión, además de lograr una disminución de la población en los centros penitenciarios, para que de esta forma se puedan llevar a cabo los lineamientos establecidos en la constitución para la resocialización del individuo a la sociedad, ya que si existen menos prisioneros se puede prestar mayor atención a sus necesidades e investigar qué clase de actividades pueden ayudar a mejorar su comportamiento,

La sobrepoblación que existe en los establecimientos carcelarios y el gran número de individuos que permanecen sin sentencia en los mismos, nos muestran una lamentable realidad del sistema penitenciario. Ya que existe una falta de recursos indispensables para el correcto desarrollo y bienestar de los reos; además de que no hay espacios suficientes para poder llevar a cabo las actividades señaladas en el artículo 18 constitucional.

Debemos añadir a estas problemáticas la aversión que existe por parte de la sociedad hacia el condenado, en todos sus ámbitos, ya sea laboral, social, educacional, e incluso familiar. Lo que provoca una crisis en el liberado, que se transforma en un factor criminógeno, ya que su única salida es volver al delito. De ahí que todo programa enfocado al tratamiento del condenado no sólo comprenda la fase del encierro, sino también el tiempo posterior a su liberación.

Para lograr una correcta reinserción se deben determinar los contenidos y alcances de los programas en educación, salud, trabajo y deporte establecidos en la

constitución. Además de que una vez que el interno ha obtenido su libertad se debe verificar que dicho sujeto ha sido resocializado correctamente, es decir, debe de llevarse un seguimiento del mismo por lo menos durante los primeros meses de su libertad procurando que evite tener contacto con grupos criminales, y que se desarrolle familiar y laboralmente de manera correcta.

Bibliografía

ACUÑA Gallardo, Jorge *et al.*, La realidad penitenciaria de México, México, INACIPE, 1974.

BECCARIA, Tratado de los delitos y de las penas, 7ª Edición, México, Porrúa, 1997.

CARRILLO Prieto, Ignacio, El Control Social Formal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 13ª ed., México, Porrúa, 1979.

CRUZ Ochoa de la, Ramón, Visiones sobre el crimen y el castigo en América Latina, Colombia, ILSA, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta 2004.

_____, Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 2010.

_____, Epistemología jurídica y garantismo, México, Distribuciones Fontamara, 2004.

_____, Garantismo penal, Colección lecturas jurídicas, México, Serie estudios jurídicos número 34. Universidad Nacional Autónoma de México 2006.

_____, Garantismo y derecho penal. Un dialogo con Luigi Ferrajoli, México, UBIJUS, 2010.

GARCÍA García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena y sistema penitenciario mexicano, México, Miguel Ángel Porrúa, 2010.

HENTIG, Hans Von, La pena. Volumen II. Las formas modernas de aparición, Madrid, Espasa-Calpe, 1968.

JIMÉNEZ De Asúa, Luis, Teoría del delito, México, IURE, 2003.

MALO Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, 5ª Edición, 2003.

MARCÓ DEL PONT, Luis, Penología y sistemas carcelarios. Tomo I. Penología, Buenos Aires, Depalma, 1982.

MEDELLÍN Urquiaga Ximena, Principio Pro Persona, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

MIR Puig, Santiago, Estado, pena y delito, Argentina, Editorial B de f Montevideo-Buenos Aires, 2006.

NEUMAN, Elías, Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica. Buenos Aires, Depalma, 1962.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, El contrato social, España, Aguilar, 1981.

ZARAZÚA Martínez, Ángel, Seguridad pública en el contrato social, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Nacional de Procedimientos Penales

Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Fuentes electrónicas

AGUILERA Portales, Rafael Enrique y LÓPEZ Sánchez, Rogelio, Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016.

ALEXY, Robert, La teoría del discurso de Robert Alexy, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 15, 2015.

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, Punibilidad, Punción y pena de los sustitutivos penales, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 11, 2015.

BERTERAME, María Celina, La progresividad en la pena y la progresiva degradación de la persona durante la pena. Acciones posibles de la Defensoría Pública, Buenos Aires, en página web <http://www.capacitacion.mpba.gov.ar>, consultado el noviembre 22, 2015.

CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en la Constitución de 1917: introducción general, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016.

_____, La reforma al artículo 1º de la Constitución: apuntes para la aplicación práctica en el Poder Judicial de la Federación, en página web <http://www.miguelcarbonell.com>, consultado en abril 20, 2016.

CARPIZO, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 24, 2016.

DÍAZ Gargari, Rodrigo, Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 15, 2015.

FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores F., La Pena de Prisión. Problema de nuestro tiempo, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en abril 20, 2016.

OJEDA Velázquez, Jorge, Reinserción Social y Función de la Pena, en página web <http://www.ijf.cjf.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016.

ORDAZ Hernández, David, La Problemática Carcelaria, México, INACIPE, en página web del Instituto Nacional de Ciencias Penales, <http://www.inacipe.gob.mx>, consultado en abril 20, 2016.

ROJAS Amandi, Víctor Manuel, El concepto de derecho de Ronald Dworkin, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 20, 2015.

_____, La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales del derecho en México, México, UNAM, en página web del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 20, 2015.

ROJAS, Yenissey Ivonne, La proporcionalidad en las penas, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado en febrero 28, 2016.

ROXIN, Claus, Problemas actuales de la política criminal, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 20, 2015.

SÁNCHEZ Cordero de García Villegas, Olga, Introducción a la interpretación del artículo 18 constitucional, en página web <https://www.scjn.gob.mx>, consultado en abril 27, 2016

VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano Sandra, Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, México, UNAM, en página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>, consultado el noviembre 22, 2015.

Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es>

Naciones Unidas Derechos Humanos, en página web <http://www.ohchr.org>, consultado en abril 17, 2016.

Política Criminal y Seguridad Pública, disponible en www.catarina.udlap.mx, consultado en abril 03, 2016.

Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2014, disponible en <http://www.inegi.org.mx>, consultado en abril 05, 2016.

Diario Oficial de la Federación, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 24/2012, de fecha 02 de septiembre de 2013, en página web <http://www.dof.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016.

Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, Proceso Legislativo. 18 de junio de 2008, Cuaderno de apoyo, en página web <http://www.diputados.gob.mx>, consultado en abril 15, 2016.

Intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el Juicio de Amparo como medida para garantizar la impartición de justicia en materia de Derechos Fundamentales, Tercera Reunión Regional del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal con Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, Poder Judicial de la Federación, en página web <http://www.ijf.cjf.gob.mx>, consultado en abril 20, 2016.