

24, 124

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN**

**LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA
NECESIDAD DE SUSTITUIRLA**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JORGE IVAN MONTAÑEZ OJEDA

ASESOR DE TESIS:

LIC. JORGE LOPEZ VERGARA

MEXICO, D. F.

1981



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.

**LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y LA NECESIDAD DE
SUSTITUIRLA**

I N D I C E

	PAG.
PROLOGO	I
INTRODUCCION	IV
 <u>CAPITULO PRIMERO</u>	
LA PENA	1
1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PENA	2
1.1.1 La Conducta Antisocial	2
1.1.2 La Reacción Social contra la Conducta Antisocial	3
1.1.3 El Poder Sancionador del Estado	4
1.2 EVOLUCION DE LA PENA	14
1.2.1 Aspectos Generales	14
1.2.2 Evolución de los Conceptos Justificantes de la Función Represiva	14
1.2.2.1 La Venganza Privada	16
1.2.2.2 La Venganza Divina	18
1.2.2.3 La Venganza Pública	18
1.2.2.4 El Periodo Humanitario	22
1.2.2.5 El Periodo Científico	26
1.2.2.6 El Derecho Penal Autoritario	27
1.2.2.7 Las Tendencias Actuales	28

	PAG.
1.2.3 Evolución Cronológica de la Pena	31
1.2.3.1 El Antiguo Oriente	31
1.2.3.2 Aspectos Penales en Grecia y Roma	37
1.2.3.3 La Edad Media	42
1.2.3.3.1 La Teoría de la Delegación Divina	42
1.2.3.3.2 Rasgos Penales en la Edad Media	43
1.2.3.3.3 La Aportación de San Agustín y Santo Tomás	44
1.2.3.4 La Revolución Ideológica de los Siglos XVII y XVIII	46
1.2.3.5 La Concepción Científica	49
1.3 LOS COMPONENTES ESENCIALES DE LA PENA	52
1.3.1 Su Fundamento y Función	53
1.3.1.1 Las Teorías Absolutas	54
1.3.1.2 Las Teorías Relativas	55
1.3.1.3 Las Teorías Mixtas	57
1.3.2 Concepto y Fines de la Pena	59
 <u>CAPITULO SEGUNDO</u>	
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	68
2.1 EVOLUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	70
2.1.1 Las Primeras Manifestaciones de la Prisión	70
2.1.2 Los Primeros Establecimientos de Tipo Correccional	72
2.1.3 La Deportación o Colonización Penal Ultramarina	78

	PAG.
2.1.4 La Reacción Moralizadora	80
2.1.5 El Periodo de la Readaptación Social	83
2.1.6 Los Regímenes Penitenciarios	87
2.1.6.1 Distinción entre Sistema, Régimen y Tratamiento Penitenciario	87
2.1.6.2 El Régimen Celular, Pensilvánico o Filadélfico	89
2.1.6.3 El Régimen de Auburn o Auburniano	91
2.1.6.4 Regímenes Progresivos	92
2.1.6.4.1 El Régimen Maconochie o "Mark Sistem"	92
2.1.6.4.2 El Régimen Irlandés o de Crofton	93
2.1.6.4.3 El Régimen Montesinos	94
2.1.6.4.4 El Régimen Reformatorio	96
2.1.6.4.5 El Régimen Borstal	98
2.1.6.4.6 Comentarios sobre los Regímenes Progresivos	99
2.1.6.5 El Régimen "All'Aperto"	101
2.1.6.5.1 Inconvenientes del Régimen "All'Aperto"	103
2.2 CONCEPTOS GENERALES EN TORNO DE LA PRISION	108
2.2.1 Los Fines de la Pena Privativa de Libertad	108
2.3 LA REALIDAD DE LA PRISION	117

<u>CAPITULO TERCERO</u>	PAG.
CRITICAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	130
3.1 PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA APLICACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	131
3.2 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS BIOLOGICAS EN LA PERSONA DEL INTERNO	139
3.3 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS PSICOLOGICAS EN LA PERSONA DEL INTERNO	142
3.3.1 Los Factores Culturales en la Prisión	143
3.3.2 Las Desviaciones Mentales	146
3.3.3 El Problema Sexual	148
3.4 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES	151
3.4.1 El Trabajo Penitenciario	152
 <u>CAPITULO CUARTO</u>	
SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	155
4.1 NECESIDAD DE SUSTITUIR LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	156
4.1.1 El Sistema de Readaptación Social en México	160
4.1.1.1 La Condena Condicional	163
4.1.1.1.1 Concepto	163
4.1.1.1.2 Efectos sobre la Pena	164
4.1.1.1.3 Presupuestos y Condiciones	165
4.1.1.1.4 Revocación	169

	PAG.
4.1.1.2 La Libertad Preparatoria	170
4.1.1.2.1 Presupuestos	171
4.1.1.2.2 Condiciones Legales	173
4.1.1.3 Comentarios en Torno a la Condena Condicional y la Libertad Prepa- ratoria como Medidas de Tratamien- to en Libertad	175
4.2 LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	176
4.2.1 Conceptos Preliminares	176
4.2.2 Los Nuevos Instrumentos Penológicos	180
4.2.2.1 Medidas Punitivas	182
4.2.2.2 Medidas de Seguridad	190
4.2.2.3 Medidas de Tratamiento	197
4.2.3 Comentarios en Torno de la Aplicación de los Nuevos Instrumentos Penológicos Pro- puestos	201
4.3 PROPOSICIONES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISION APLICABLES EN MEXICO	204
4.3.1 La Criminalidad en México	204
4.3.2 La Crisis de la Ley Penal	210
4.3.3 La Nueva Política Criminal	216
CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES	219
BIBLIOGRAFIA, HEMEROGRAFIA Y LEGISLACION	234

PROLOGO

La elaboración del trabajo de tesis profesional, si bien es un requisito ineludible para todos aquellos que aspiramos a la obtención del grado de la Licenciatura en Derecho, responde, en mi caso, a una preocupación despertada por el conocimiento de la dramática realidad penitenciaria en nuestro país.

El contacto directo que tuve con el medio carcelario, establecido con motivo de la prestación de mi servicio social en el área del Derecho Penal en Tlalnepantla, Estado de México, despertó mi inquietud por la problemática que afrontan quienes entran a formar parte del confuso y distorsionante mundo de la reclusión.

La descomposición que los internos sufren al contacto de delincuentes habituales también reclusos, el abandono de las familias y el posterior reingreso del reo a la vida libre, afectado por las vivencias carcelarias y seguramente transformado en un individuo más peligroso, son razones para reflexionar en torno de la verdadera utilidad social de estos

establecimientos del temor, del abandono, de la degradación.

Considero que el tema elegido es de interés para el jurista en razón de que resulta imprescindible conocer el verdadero objeto social y la trascendencia de los instrumentos legales empleados en nuestro país.

Es nuestro deber, como estudiosos del Derecho, velar porque - las Instituciones Jurídicas cumplan con sus propósitos, satisfagan las necesidades de nuestra sociedad cambiante, siempre - en evolución, persigan ante todo el bienestar de la comunidad y no se conviertan en obstáculos al desarrollo.

En este trabajo presento una serie de proposiciones que, de - aplicarse, contribuirían a solucionar el problema de la excesiva utilización de la pena privativa de libertad en México.

Finalmente quiero solicitar la amable comprensión del lector por las observaciones que pudieran formularse en torno de la presente investigación, seguramente a consecuencia de las limitaciones en conocimiento y experiencia del que suscribe, -

aclarando que el único interés que me ha movido a escribir las líneas de esta tesis profesional es el de abordar, proponiendo soluciones, una dramática realidad que atenta contra el desarrollo integral de nuestra nación.

JORGE MONTAREZ OJEDA

INTRODUCCION

Desde hace muchos siglos, desde épocas lejanas que se pierden en la obscuridad del tiempo, la conducta delictuosa ha atentado contra la seguridad y estabilidad de los grupos sociales.

La historia nos muestra que contra el delincuente ya se han usado todos los instrumentos de tortura y castigo que pueda concebir cualquier imaginación y, sin embargo, los fenómenos de la delincuencia y la reincidencia permanecen incólumes.

En el México de hoy, como en la mayor parte del mundo actual, el instrumento penal por excelencia es la prisión, utilizada casi indistintamente para diversas clases de ilícitos y personalidades criminales.

El origen de esta medida penológica respondió, hace varios siglos, al interés de atemperar las sangrientas prácticas que alcanzaron su auge en la edad media. La prisionalización significó un avance en ese momento histórico.

No obstante, las décadas no pasan en balde. Las sociedades evolucionan y con ellas lo hacen sus criterios de organización.

La ciencia criminológica moderna persigue como uno de sus objetivos fundamentales la resocialización del delincuente. Los criterios de expiación y vindicación que inspiraron la Teoría Clásica del Derecho Penal deben entenderse como parte del pasado.

En nuestro país el Artículo 18 Constitucional dispone el objetivo fundamental que deberá perseguir el sistema penal: La readaptación del delincuente.

Sin embargo, el Código Penal Federal y sus homólogos del orden común en cada una de las entidades federativas -basados todos ellos en los mismos principios- así como la pena privativa de libertad en sí misma, responden a objetivos propios de otro momento histórico -menos evolucionado- por lo que difícilmente podrán cumplir con la responsabilidad de ser instrumentos de readaptación.

Nuestros ordenamientos punitivos están basados en principios propios de la Escuela Clásica del Derecho Penal. Los criterios de individualización legislativa, los de las circunstancias agravantes y atenuantes de la conducta ilícita, así como los principios que reglamentan la libertad provisional bajo

fianza o caución, la condena condicional y la libertad preparatoria, atienden más al estudio del delito que al del sujeto en cuestión, por lo que dificultan la práctica de una individualización judicial apegada a las exigencias criminológicas modernas.

El abuso que a través de los procesos de individualización judicial se hace de la pena privativa de libertad, impelidos por las estructuras jurídicas con que se cuenta, es otro obstáculo a una adecuada política de tratamiento de delincuentes.

La existencia de la prisión en el México de nuestros días es un hecho contradictorio en sí mismo. Por una parte se le ha entregado la responsabilidad social de readaptar a quienes han actuado ilícitamente, mientras que, por otro lado, numerosas investigaciones la acusan por los daños físicos y psíquicos que produce en la persona del interno, por los rasgos criminógenos que le imprime y por las lamentables consecuencias sociales que reditúa. El Establecimiento Penitenciario Mexicano no solamente no cumple con el propósito que se le ha encomendado, sino que resulta socialmente contraproducente.

Ante tal realidad es imprescindible la búsqueda de nuevos - instrumentos penológicos que ofrezcan resultados más halagadores.

En la última parte de este trabajo me referiré a diversas medidas de tratamiento en libertad que pueden aplicarse ventajosamente si el proceso y los criterios de individualización son adecuados.

Otros países han realizado con éxito programas de desprisionalización legadores de amplios beneficios.

En nuestro país tenemos un largo camino por recorrer; debemos aprovechar la experiencia acumulada adecuándola a nuestra realidad socio-económica.

En el derrotero hacia mejores perspectivas, es necesario modificar profundamente la instrumentación penal de que disponemos actualmente, pero considero que los resultados sin duda justificarían los cambios.

CAPITULO PRIMERO
La Pena

forman todas parte de la misma familia y significan un área importante en el desarrollo cultural: integran la historia - de la criminalidad. (1).

1.1.2 La Reacción Social contra la Conducta Antisocial.

Pues bien, puede decirse que el crimen, por antiguo casi parece de edad, pero por muy distintas características que la conducta asocial haya manifestado en su larga historia y por muy diversos los bienes jurídicos afectados, siempre provocó en el agredido la intención de consumir una venganza, de devolver a cambio una agresión equivalente, o bien, de imponer un severo y ejemplar castigo al agresor. (2).

-
- (1) CFR. Carrancá y Trujillo, Raúl. Principios de Sociología Criminal y Derecho Penal. Imprenta Universitaria. México, 1955. p. 16. Este autor al intentar establecer desde cuándo ha existido el crimen y por cuánto subsistirá aún, señala: "Se comprende, pues, que la historia del crimen no sea otra cosa que un capítulo de la historia del hombre desde que se alzó sobre sus extremidades inferiores a la faz de la tierra, y que se cerrará con la vida misma del hombre".
- (2) Como veremos más adelante, el concepto y la aplicación de la pena han sufrido incontables modificaciones. - Doctrinalmente dicha evolución se ha dividido en siete períodos: venganza privada, venganza divina, venganza pública, período humanitario, período científico, derecho penal autoritario o de las dictaduras y - tendencias actuales. VID. INFRA. 1.2.2.

Esta reacción que el sujeto pasivo de una conducta ilícita manifiesta y enfoca contra su agresor ha sido legitimada por los diversos grupos sociales a través de un SISTEMA DE PENAS, reconocido en cada comunidad y que, por otra parte, tiene existencia universal.

Al respecto manifiesta el maestro Eugenio Cuello Calón: "... la pena, con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos, en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social sin penas que la protejan no es concebible". (3).

I.1.3 El Poder Sancionador del Estado.

Para hacer posible la pacífica y próspera convivencia en sociedad, el hombre ha creado un grupo de instituciones que en conjunto permitan el desarrollo social armónico.

A estas instituciones que integran el Estado se les ha dotado de poder propio para que hagan posible la realización de sus fines.

(3) Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1974. p. 15.

Esta reacción que el sujeto pasivo de una conducta ilícita manifiesta y enfoca contra su agresor ha sido legitimada por los diversos grupos sociales a través de un SISTEMA DE PENAS, reconocido en cada comunidad y que, por otra parte, tiene existencia universal.

Al respecto manifiesta el maestro Eugenio Cuello Calón: "... la pena, con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos, en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social sin penas que la protejan no es concebible". (3).

I.1.3 El Poder Sancionador del Estado.

Para hacer posible la pacífica y próspera convivencia en sociedad, el hombre ha creado un grupo de instituciones que en conjunto permitan el desarrollo social armónico.

A estas instituciones que integran el Estado se les ha dotado de poder propio para que hagan posible la realización de sus fines.

(3) Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1974. p. 15.

Pues bien, entre los principales deberes del Estado debemos mencionar el de proteger los principios jurídicos fundamentales de los gobernados, como son la Dignidad de la persona humana, la Libertad, el orden, la justicia, el Bien Común y la Seguridad Jurídica.

La dignidad de la persona humana es un concepto con profundas bases morales que se encuentra relegado y continuamente olvidado por los organismos encargados de aplicar de alguna manera la Ley Penal en organizaciones sociales de la complejidad de la nuestra. (4).

En sociedad nos debemos un respeto mutuo que no debe perderse ni siquiera cuando nos juzguemos unos a otros por actos calificados de ilícitos, según términos de nuestra Ley Humana. Al respecto manifiesta el Doctor De Távira y Noriega. -

-
- (4) Sin embargo es reconfortante saber que algunos sistemas penales avanzados, conscientes de que el delincuente no solamente merece, sino que también requiere para su conveniente resocialización un trato más humano y comprensivo de su realidad, han decidido aplicarle medidas más dignas. Concretamente es el caso de Dinamarca, que dentro de las tres principales metas de su Sistema de Justicia Criminal incluyó el "cumplir con los principios fundamentales de Justicia y Humanidad". VID. Brudensholt, H.H., "Crime Policy in Denmark". Crime and Delinquency. A Publication of the National Council on Crime and Delinquency. Volume 26, No. 1. Jan 1980. New Jersey, 1980. p. 35.

"... el hombre, aún el delincuente más corrupto, es, entre los seres existentes, el centro de construcción del Universo, precisamente porque fue creado a imagen y semejanza de Dios. De aquí su dignidad primera y esencial, de ser espejo del Su premo Hacedor de todas las cosas, de ser cooperador a través del tiempo de su obra creadora". (5).

La libertad es un rasgo que hace al hombre ser un ente único, distinto de los demás seres vivos, y en la raíz de su libertad, la inteligencia y la voluntad, se encuentra su capacidad de autodeterminarse, de poder discernir, preferir. La libertad diferencia al hombre de los seres irracionales porque lo hace ser dueño de sus actos.

El Estado debe proteger la libertad del gobernado en sus dos aspectos fundamentales: primeramente la libertad física, que según la autorizada opinión del maestro Villoro Toranzo, - abarca tanto el aspecto externo como el interno del físico humano, teniendo cada cual su propia antftesis, es decir, su

(5) Tavira y Noriega, Juan Pablo de. La Pena y los Principios Jurídicos Fundamentales. Tesis Profesional. Escuela Libre de Derecho. México, 1975. p. 14.

propia forma de esclavitud: el ámbito físico externo puede ser avasallado por las cadenas de un régimen tirano, mientras que la libertad interna puede llegar a minarse completamente por armas tan desastrosas como las drogas. (6).

En segundo lugar la libertad moral y jurídica, entendida la primera como la facultad de encaminarse a través de las acciones propias hacia el bien personal o del grupo a que se pertenece y la segunda como una limitación de esas decisiones y acciones personales, como un tope que permite que los demás individuos puedan disfrutar de su propia libertad moral.

Los conceptos de Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común, por su parte, necesariamente deben marchar juntos para que puedan subsistir; el maestro Preciado Hernández entiende por Justicia "el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento personal y social". (7).

(6) CFR. Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México, 1966. p. 443.

(7) Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Jus. México, 1970. p. 217.

Como bien común puede definirse "el conjunto de condiciones de la vida social que permiten al hombre realizar su destino, cumplir su naturaleza, perfeccionar su ser, es decir al canzar su bien". (8)

A su vez, la Seguridad Jurídica es un término derivado de la incertidumbre que puede surgir con la convivencia en grupo, con respecto a la urgencia de saber a que atenerse en relación con el prójimo. Si por una parte se tiene una serie de derechos tendientes a hacer justa la convivencia social, es menester también contar con absoluta certeza que la regla se cumplirá indefectiblemente y que los derechos serán respetados sobre cualquier ataque, usándose para ello la fuerza social si fuere necesario.

"Así pues, la Seguridad Jurídica consiste en la garantía que tiene la persona humana de que se respeten su integridad física, sus bienes, sus derechos y que si llegaren a ser perturbados en alguna forma, serán protegidos por el orden jurídico". (9)

(8) González Luna, Efraín. Humanismo Político. Editorial Jus. México, 1955. p. 141.

(9) Tavira y Noriega, Juan Pablo de. Op. Cit. p. 32.

De esta manera, no es concebible que haya justicia ni Bien Común donde no hay un orden que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Ahora bien, decía anteriormente que el Estado tiene como función principalísima la de salvaguardar y hacer respetar los principios jurídicos fundamentales, para de esta manera proteger a sus gobernados e integrar un grupo social estable.

Dado que la misión de la Autoridad es mantener el orden social, debe contar con los instrumentos necesarios para controlar las conductas que se caractericen por su finalidad asocial.

Pues bien, este es precisamente el origen del Poder Sancionador del Estado y su esencia en la idea de que es legítimo prender a una persona o grupo de personas que realizan con -

ductas ilícitas, a fin de mantener la estabilidad del todo, de la sociedad. (10)

Jacques Leclercq manifiesta al respecto que "el derecho a castigar, como el derecho a la guerra, es, ante todo, ejercicio de la Legítima Defensa Social" (11) y posteriormente -

-
- (10) Es oportuno comentar que al respecto del derecho que el Estado tiene para sancionar se ha entablado una fuerte discusión doctrinal. Por una parte hay quienes sostienen que las instituciones estatales efectivamente están facultadas para imponer sanciones, y dentro de esta corriente han existido muy diversas tonalidades, hasta los tortuosos extremos que Europa vivió en la práctica penal de la Edad Media. (INFRA. 1.2.2.3). Existe otra posición, antítesis de la anterior, que considera que el Estado carece de facultades para ejercitar funciones de órgano represivo de conductas ilícitas. Entre los autores que sostienen estos argumentos podemos mencionar a Tomás Moro, Tomaso Campanella (en "Utopía" y "La Ciudad de Dios" - respectivamente), Bruno Wilde, Emilio Girardin, Luis Molinari, León Tolstói y Antole France. Al respecto consultar Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1978, pp. 40, y ss. Personalmente opino que el Estado está legitimado para intervenir en cuanto se cometen conductas ilícitas, pero no para reprimir, castigar o intentar amoralizar al delincuente (lo que se ha hecho ya en diversas etapas históricas con negativos resultados, como analizaremos posteriormente), sino para tomar una serie de medidas que conduzcan a la verdadera readaptación del que ha actuado antisocialmente.
- (11) Leclercq, Jacques. Derechos y Deberes del Hombre. Biblioteca Herder. Barcelona, 1975. p. 75.

agrega: "Como la legítima defensa individual, la legítima de fensa social supone un agresor injusto, un peligro inminente y se limita al empleo de los medios rigurosamente necesarios para alejar el mal, al paso que la legítima defensa social - se legitima cuando un acto pasado acarrea inseguridad para - el porvenir. En efecto, la misión de la Autoridad Social es mantener el orden social, la infracción que amenaza repetirse es un peligro para el orden; la Autoridad Social debe salir al paso del peligro".(12)

Efectivamente, la Defensa Social puede dividirse en dos aspectos: el interno donde el instrumento a usar es el Derecho Penal y el externo, donde el último recurso es la guerra.

Sin embargo, y aquí coincido completamente con la opinión - del Dr. De Tavera y Noriega, la Defensa Social de ninguna ma nera otorga facultades a la Autoridad para que cometa actos que signifiquen la violación de las Garantías Jurídicas fundamentales. "Así, en el orden internacional la guerra no - justifica el genocidio de inocentes por más que se hable de Defensa Social y en el orden interno tampoco se justifica el tormento o el trato injusto de los criminales". (13)

(12) IBID. p. 75.

(13) Tavera y Noriega. Op. Cit. p. 41.

De cualquier manera, el Estado, haciendo uso de su poder sancionador y a fin de mantener la estabilidad social, dicta - normas de conducta que obligan al gobernado y señalan los límites de su propia libertad.

Estas normas jurídicas las refiere el maestro Becerra Bautista como la "descripción de la conducta que el Estado exige a los coasociados, en tanto se convierte en mandato, en cuanto va acompañado de aquella consecuencia que el Estado vincula a la desobediencia". (14)

De esta manera, en ejercicio de su poder sancionador el Estado declara y previene con diversos tipos de castigos, intentando de esta manera provocar la obediencia de sus gobernados, y si el precepto jurídico no se respeta, le es impuesta una pena o sanción al infractor.

Esta política preventiva de criminalidad ha sido usada desde tiempos antiquísimos (15), y sin embargo los resultados no -

(14) Becerra Bautista, José. Los Principios Fundamentales del Proceso Penal. Editorial Jus. México, 1947. p. 14.

(15) Ver lo referente a "Evolución Cronológica de la Pena" en 1.2.3. de esta Tesis Profesional.

han sido muy satisfactorios. (16)

De cualquier manera, dado que las conductas delictivas siguen acaeciendo diariamente en todas las sociedades actuales es necesario abordar el problema a través de nuevos caminos en la búsqueda de soluciones a la problemática criminal.

El estandarte que sustento en esta tesis profesional es el de enfrentar al delincuente no con un arma que le atemorice y castigue desmedidamente (y al mismo tiempo origine daños a terceros inocentes, como los familiares del condenado), (17) sino con una serie de medidas que le ayuden a superar la problemática que le llevó al crimen y procurar así su verdadera resocialización.

-
- (16) Aún en la Biblia, que contiene aspectos de Derecho Penal, podemos encontrar el razonamiento que intenta prevenir la realización de una conducta incorrecta a través de la amenaza de un castigo: "Mas del árbol de la ciencia del Bien y del Mal no comerás de él, por que el día que de él comieres, morirás". (Gen. 2.17) y el hombre y la mujer comieron de ese árbol y fueron expulsados del Edén. (véase Gen. 3). Biblia, La Santa. Sociedad Bíblica Americana U.S.A. pp. 2-3.
- (17) VID. Gramática, Filipo. Principios de Defensa Social. Maribel, Artes Gráficas. España, 1974. p. 53.

1.2 EVOLUCION DE LA PENA

1.2.1 Aspectos Generales

Con el transcurso del tiempo el concepto de PENA ha sufrido continuos cambios; el estudio analítico de la historia nos conduce a inferir que la tendencia de su evolución es hacia la dulcificación de procedimientos, por lo que los castigos infamantes y con carácter de venganza han ido desapareciendo paulatinamente.

Es conveniente tener en cuenta que, desde la más remota antigüedad, han influido en la naturaleza de la pena las características propias del orden moral, las costumbres de cada raza y la importante herencia de las tradiciones de los pueblos.

El estudio de la función represiva muestra que los fundamentos adoptados por el órgano sancionador a través del tiempo han sido diversos y siempre de acuerdo a las características propias de cada cultura.

1.2.2 Evolución de los Conceptos Justificantes de la Función Represiva.

En el estudio del desarrollo de las Penas han intervenido in

numerales tratadistas y como consecuencia las opiniones vertidas al respecto casi nunca resultan ser uniformes.

Entre las investigaciones más importantes podemos citar la de Garrard (18), quien concibe dos periodos en la evolución histórica del Derecho Penal: la venganza privada (ejercida por el ofendido y su familia) y la venganza pública (fases teocrática, de intimidación y de corrección); Prins (19) opina que han existido cuatro periodos: consuetudinario de reparación (hasta la Edad Media), de expiación o intimidación (hasta el Renacimiento), humanitario (hasta el S. XVIII y parte del S. XIX) y científico (contemporáneo); Carrara, por su parte, advertía diferentes etapas: dogmatismo, racionalismo y etapa científica. (20)

El maestro Eugenio Cuello Calón divide la historia de la Función Represiva en los siguientes periodos: de la venganza divina, de la venganza pública, periodo humanitario, periodo

-
- (18) Garrard, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977. p. 90.
- (19) Prins, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Op. Cit. p. 90.
- (20) CFR. Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá, 1977. Vol. II, pp. 4 y ss.

científico, derecho penal autoritario o de las dictaduras y tendencias actuales. (21)

Para los efectos del presente estudio me referiré a esta última clasificación, la que me parece bastante acertada y completa, pero creo conveniente aclarar que dicha división obedece únicamente a un interés teórico y de estudio, para comprender mejor las distintas tendencias manifestadas por cada cultura, y no una limitación cronológica, ya que las particularidades de cada período se han presentado indistintamente en diversas épocas.

1.2.2.1 La Venganza Privada

Doctrinalmente se ha entendido que la etapa de la venganza - privada fue la primera manifestación represiva a la que puede darse categoría de pena.

Se piensa que en los primeros grupos humanos, cuando todavía no existía un Poder Público estable y con el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función represiva de - conductas ilícitas revestía la forma de una venganza.

(21) CFR. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1971. Vol. I, Tomo I. p. 57.

Sin embargo, la venganza que ejercitaba un individuo o un grupo contra otro era en principio puramente personal y carecía de reconocimiento social, por lo que no puede dársele categoría de Pena sino hasta que la conciencia colectiva se pone de parte del vengador, legitimando su conducta y en ocasiones llegando al extremo de ayudarlo en su cometido. (22).

La venganza privada originó innumerables males porque el vengador no tenía freno y causaba al ofensor y su familia todo el daño posible. Esta fue la razón por la que estableció, a manera de límite y control, la "Ley del Talión" cuya fórmula era "ojo por ojo y diente por diente", poniéndose fin a la venganza ilimitada.

Con el transcurso del tiempo apareció también la "composición", mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido, mediante el pago de dinero u objetos de valor, el derecho de venganza. (23)

(22) En este sentido se manifiesta Federico Puig Peña cuando señala que en las épocas más remotas no puede hablarse de penas ni de justicia penal; aún cuando encontramos ciertas conductas con algún parecido a la pena no es ella misma. Al respecto ver Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Ediciones Nauta, S.A. España, 1959. Vol. I, Tomo I. p. 17.

(23) VID. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. - p. 58.

1.2.2.2 La Venganza Divina

En esta etapa la función repressiva tiene como fundamento la idea de que con la conducta ilícita se ha ofendido a la divinidad, por lo que el grupo social castiga al ofensor para lograr el aplacamiento de la ira divina. (24).

En este periodo el juzgador actúa en nombre de Dios y al castigar al infractor se intenta ganar nuevamente la protección y amparo de la divinidad. (25)

1.2.2.3 La Venganza Pública

El periodo de la venganza pública se caracteriza por el interés que manifiesta el representante social para mantener, a toda costa, la paz y la tranquilidad social.

El sistema de prevención general de delincuencia utilizado en esta etapa consiste en atemorizar a la población a tra -

-
- (24) Cabe comentar que el derecho penal del México prehispánico puede ser clasificado, en su mayoría, dentro de la etapa de la venganza divina, aunque contiene también fuertes rasgos de venganza pública. En lo relativo consultar Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, - 1971. pp. 31-32.
- (25) CFR. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. pp. 58-59.

vés de la frecuente aplicación de penas extremadamente duras, castigando con saña no solamente los delitos más graves, sino hasta conductas hoy no tipificadas, como la magia y la hechicería.

Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta vísperas del S. XIX y es considerado por numerosos autores como uno de los episodios más sangrientos en el viejo continente, ya que, en la lucha contra la criminalidad, continuamente se recurrió a la pena de muerte agravada con larguísima torturas; se utilizaron penas corporales hasta la mutilación de varios miembros; las penas infamantes y pecuniarias también tuvieron gran aplicación. (26)

Durante los S. XV a XVII, que fueron los más crueles, no se dudó en llegar a extremos de desenterrar cadáveres para pro cesarlos e imponer condenas que trascendían a la descendencia.

(26) Foucault hace una narración pormenorizada de la manera en que fue ejecutado Damiens ante la puerta de la Iglesia principal de París el dos de Marzo de 1957: primero atenazado en diversas partes del cuerpo, quemado con azufre derretido y aceite hirviendo sobre las partes atenazadas; a continuación su cuerpo fue estirado y desmembrado por cuatro caballos, para finalmente consumir sus restos en el fuego. La descripción de tan atroz ejecución puede dar amplia idea de lo que fue la práctica penal en la etapa comentada. Para mayor amplitud ver Foucault, Michel. - Vigilar y Castigar. Siglo XXI. Editores, S.A. México, 1968. pp. 11-13.

cía del sentenciado por varias generaciones. (27)

Por otra parte reinaba en la aplicación de justicia el más ilógico desorden y la más marcada desigualdad, ya que mientras a los plebeyos se imponían las penas más severas, a los nobles se les reservaban los castigos más benignos. Además, los jueces y magistrados tenían la facultad de imponer penas no previstas en la Ley e incluso castigar por conductas no tipificadas penalmente. (28)

El maestro Carrancá y Trujillo nos da una acertada explicación socio-política que nos facilita la comprensión del por qué el órgano judicial no dudó en recurrir a los límites -

-
- (27) Es oportuno comentar que el Derecho Penal en esta época no se limitó a sancionar hombres (vivos e incluso muertos), sino que puso bajo su imperio conductas de animales e incluso llegó al ridículo de "castigar" cosas. Al respecto consultar Bueno Arús, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Instituto de Criminología, Universidad de Madrid. p. 4.
- (28) Estas circunstancias eran agravadas hasta lo excesivo con las peculiaridades del procedimiento penal en esta etapa, que se mantenía secreto tanto para el público como para el procesado, hasta la sentencia. A éste no se le permitía conocer de la acusación, de los cargos, declaraciones o pruebas; además los jueces tenían facultades para recibir denuncias anónimas y para interrogar al procesado hasta poco antes de dictar su sentencia; todo esto en perjuicio de los desafortunados a los que se sometía a proceso penal en el período en cuestión. Al respecto véase Foucault, Michel. Op. Cit. pp. 40 y ss.

más salvajes de la tortura para intentar imponer la "paz social": "...como las clases dominantes fundaban su poder en el sometimiento de las dominadas, la venganza pública se tradujo en la más cruenta represión y en la máxima inhumanidad de los sistemas a fin de asegurar el dominio de las oligarquías de guerreros y de políticos por medio de la intimidación más cruel". (29)

Resulta revelador el hecho de que en sociedades clasificadas dentro de la venganza pública hayan sido creados los más esmerados instrumentos de tortura aplicados como sanciones penales: los calabozos (el condenado permanecía en prisión perpetua en subterráneos); la jaula de hierro o de madera; la argolla (pesada pieza de madera cerrada al cuello); la horca y los azotes; la rueda (en la que se sujetaba al reo después de romperle los huesos a golpes); las galeras; el descuartizamiento por acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera; la decapitación por hacha y la marca infamante por hierro candente. Estos sólo son algunos de los instrumentos represivos a través de los cuales se intentó (equivocadamente) castigar y prevenir las conductas ilícitas en este sangriento período.

(29) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal, Mexicano. - Op. Cit. p. 98. En el mismo sentido Angeles Contreras, Jesús. Compendio de Derecho Penal. Textos Universitarios, S.A. México, 1969. p. 51.

1.2.2.4 El Período Humanitario

Ya desde el S. XV comenzó en Europa un revolucionador movimiento filosófico que surgió con el afán de superar las deplorables costumbres y condiciones sociales imperantes por largas décadas en la Edad Media.

El Renacimiento se caracterizó por el gran número de pensadores que se manifestaron en contra del estancamiento en - que se hallaban sumidos los pueblos europeos de aquella época, provocando un nuevo giro primero en las concepciones filosóficas y después en la realidad de las nuevas naciones europeas del S. XVIII.

Fue dentro de este marco de pensamiento liberal y revolucionario donde apareció la enorme aportación penal del italiano César Bonnesana, Marqués de Beccaria, quien en su obra - "Dei Delitti e delle Pene" (1764) denunció valientemente lo que él llamó "demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de atrocidad nos presenta". (30)

(30) Bonnesana, Césare. Citado en Carrancá y Trujillo, - Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. pp. 99-100.

Beccaria analizó y criticó la realidad penal de la época; - con su obra combatió la pena de muerte, la confiscación, las penas infamantes, la tortura, el procedimiento inquisitivo y abogó por la atenuación de las penas y por la protección del acusado, mediante garantías procesales. (31)

Sus proposiciones afortunadamente fueron bien vistas por sus contemporáneos, y algunas legislaciones (Rusia, las Sicilias, Prusia, Austria) recibieron su influencia.

Finalmente la Revolución Francesa puso fin a las atrocidades medievales con su "Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos" (1791), la que en muchos de sus principios manifiesta la influencia de Beccaria.

Simultáneamente con Bonnesana, John Howard, en Inglaterra, - realizó estudios sobre la prisión; visitó los establecimientos penitenciarios de la Isla y posteriormente las prisiones

(31) Todas estas proposiciones de Bonnesana nos hablan de su sentido humanista. Por otra parte, profundo conocedor de las inevitables leyes de la evolución, Beccaria sabía que las realidades penales cambiarían indefectiblemente hacia un panorama más humano para el delinciente, y que toda Ley que se apartara del verdadero derecho del soberano para penar los delitos, siempre encontraría una resistencia que la vencería a la postre. Con toda esta fe y esperanza en el cambio de la realidad penal escribió su obra. Al respecto ver - Beccaria, Césare. De los Delitos y de las Penas. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1955. p. 183.

más importantes de Europa. Con el material reunido en sus investigaciones publicó en 1777 su obra "Estudio de las Prisiones en Inglaterra, en Gales y en Europa" en la que criticó las horribles condiciones en que se hallaban los encarcelados y posteriormente propuso un sistema completo para el tratamiento de los presos, "sistema basado en la reforma moral de los reos por medio de la religión, por el trabajo, por la separación individual y por un régimen higiénico y alimento humanos". (32)

Howard, con su gran aportación constituye una base importante en las tendencias que dieron lugar al nacimiento de la actual Penología. (33)

(32) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. p. 61.

(33) El estado de las prisiones en el S. XVIII era de un abandono total para procesados y condenados. John Howard, quien tuvo contacto directo con estos establecimientos al ser nombrado sheriff de Bedford en 1773, se llenó de pena e indignación por la suerte a la que eran abandonados los reclusos. En la introducción a su libro "The state of the Prisons" se comenta que fue Howard el hombre que la Historia señaló para cambiar tan deplorable realidad carcelaria. Efectivamente, recorrió las prisiones europeas en la famosa "Geografía del Dolor", experiencia en la que se basó para promover después profundos cambios. La enorme bondad de este humanista lo llevó a enfermar mortalmente en una de sus visitas, acaeciendo su fin en 1790. Como culto a la obra realizada por este filántropo aparece en su tumba, en Cherson, la siguiente inscripción: "John Howard, whoever thou art, thou standest at the tomb of your friend. 1790". Consúltese Howard, John. The state of the prisons. J. M. Dent & Sons, LTD. Great Britain, 1979. First Published. pp. IX y ss.

No obstante que el Derecho Penal Humanitario sin duda dulcificó y humanizó las penas, aboliendo la de muerte en algunos países, haciendo desaparecer casi en todas partes las corporales y las infamantes, al mismo tiempo que hizo de la pena de prisión la principal medida expiatoria, a la que se intentó dar un sentido correccional, Cuello Calón opina que fracasó principalmente porque no se supo entender la realidad biológica, psíquica y social del delincuente y porque se concibió el concepto de PENA simplemente como el resultado de la abstracción de los estudiosos de la ciencia criminológica y no como una verdadera medida de defensa social contra el delito. (34)

Por otra parte considero que se incurrió en el error de imaginar un delincuente genérico, olvidando las características propias de cada hombre que actúa antisocialmente; de esta forma se pensó que todos los hombres eran susceptibles de ser enmendados a través de una misma medida (la prisión) y se ignoró el hecho de que cada sujeto actúa antisocialmente por diversas razones, por lo que debe aplicarse, también, distintos tipos de medidas resocializantes.

(34) CFR. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. - p. 62.

1.2.2.5 El Período Científico

Ya hemos analizado que en el período humanitario (sustentado por la Escuela Clásica) disminuyó el rigor de las penas y se garantizaron los derechos básicos de la persona humana frente al poder de la autoridad, pero se cometió el error de basar su sistema sobre una concepción abstracta del delito.

Pues bien, a partir del S. XVIII las ciencias de la Biología, Medicina, Psicología, la naciente Sociología, tuvieron un notable desarrollo y su aplicación en el campo del estudio del delito vino a iluminar el problema, iniciándose entonces la investigación de la personalidad del sujeto infractor.

El Período Científico cuya esencia estuvo determinada por la "honda transformación producida en el Derecho Penal a causa de la irrupción en su terreno de las ciencias que integran la amplia disciplina denominada Criminología" (35) significó un enorme paso hacia adelante, ya que comenzó a adentrarse en lo que personalmente considero lo fundamental del problema delincencial: el porqué un sujeto determinado comete ilícitos.

(35) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. p. 62.

Solamente cuando comprendamos las razones que llevan a cada persona a convertirse en delincuente, podremos dar una solución razonable a su problema y reintegrarlo sin peligro a la vida normal en sociedad.

1.2.2.6 El Derecho Penal Autoritario

En el presente siglo brotó una importante faceta del Derecho Penal que ha tenido lugar con el nacimiento de regímenes políticos totalitarios. Esta tendencia, muy criticada por autores liberales, aspira fundamentalmente a la protección estatal dejando en segundo plano cualquier tipo de interés particular.

Este nuevo giro penal tuvo su aparición en los años comprendidos entre las dos guerras mundiales. Al respecto Carrancá y Trujillo señala: "... Rusia, Alemania e Italia, los que subordinando por entero al individuo a los fines del Estado, olvidan al delincuente para preocuparse fundamentalmente de la tutela de los organismos estatales, exageran la protección penal en beneficio de estos y dan por ello la máxima importancia a la delincuencia política". (36)

(36) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. - Op. Cit. p. 101.

Legislaciones como la de la Alemania Nazi (junio 28 de 1935) prácticamente anularon el principio de la legalidad, dando amplia acogida a la analogía, al señalar como único principio rector el que el Juez "debe seguir el sano sentimiento popular". (37)

Cuello Calón manifiesta que en la U.R.S.S., aunque impera el principio de legalidad, el Código Penal de 27 de Octubre de 1960 y la legislación posterior al mismo, "conservan sus características fundamentales de Derecho autoritario, político y socialista". (38)

1.2.2.7 Las Tendencias Actuales

En los países de Occidente la dirección hacia la que se camina, con las excepciones normales que significan algunos regímenes penalmente represivos, es la de la humanización de la pena, esto es, estudio y comprensión de la realidad del reo.

En este sentido podemos citar el artículo 27 de la Nueva Constitución Italiana: "Las penas no pueden consistir en tra

(37) IBID. p. 101.

(38) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. p. 64

tamientos contrarios al sentido de humanidad.." (39) cuya esencia se encuentra también en otras Constituciones europeas y americanas: La Declaración de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. del 10 de diciembre de 1948 establece en su art. 50 que "nadie será sometido a tortura, ni a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes". (40)

No obstante lo anterior, Bettiol opina que la humanización de la Pena no quiere decir que ésta deje de ser temida; agrega posteriormente que no debe otorgarse ciertos beneficios a los reclusos, ya que el Derecho Penal debe seguir

(39) Constitución Italiana. Citado por Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. p. 64.

(40) La política desarrollada por la O.N.U. sirve de pauta para comprender la tendencia que en materia penal sigue la mayoría de las naciones contemporáneas. En este sentido es muy ilustrativo el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), en la que se encuentra una reafirmación de "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana". En el mismo sentido el art. 10. de dicha carta incluye entre los propósitos de las Naciones Unidas: "realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción..". Al respecto consultar: "La O.N.U.: Dilema a los veinticinco años". Publicaciones del Centro de Estudios Internacionales, vol. VII. Edición especial de El Colegio de México, la. Edición, México, 1970. pp. 154 y ss.

siendo "Derecho Penal" y no "Derecho Premial". (41)

Sin embargo considero que la observación de Bettiol resulta regresiva y por demás infundada. La realidad social debe hacer comprender a los estudiosos del Derecho que no es aconsejable imponer sanciones gravosas a los delincuentes solamente para que sufran en carne propia y de alguna manera paguen el perjuicio que causaron a su víctima. Mi opinión es que el interés colectivo no debe ser devolver el daño al que ya lo ha hecho y perjudicar más, en última instancia, a la misma sociedad, de la que todos formamos parte; considero que la posición más responsable es precisamente lo contrario: dar AYUDA al que ha delinquido desde el punto de vista de analizar su realidad para poder intentar su RESOCIALIZACION que es lo que el interés general demanda.

Ahora bien, una vez analizadas las características fundamentales de las diversas etapas que doctrinalmente se han estructurado en relación con la existencia de la Pena, procedamos a narrar cronológicamente su desarrollo.

(41) Bettiol, Giuseppe, citado por Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. p. 64.

1.2.3 EVOLUCION CRONOLOGICA DE LA PENA

1.2.3.1 El Antiguo Oriente

Algunos autores, como Bar, Kohlet y Tissot (42) han opinado que las primeras manifestaciones penales tuvieron lugar en - épocas antiquísimas cuando el ofendido reaccionaba ante una conducta que le causaba agravio, respondiendo contra el agresor y su familia casi por reflejo y por iniciativa absolutamente personal.

Steinmetz (43) va aún más lejos al suponer que la primera - conducta penal se dió con la ciega reacción del ofendido contra la primera persona o cosa que tuviera a su alcance, sobre la que pudiera desprender su ira.

Sin embargo, estos puntos de vista han sido criticados muy - severamente, ya que en realidad esas reacciones del ofendido deben ser consideradas como meros hechos guerreros, sin ninguna característica de Pena. (44)

(42) VID. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1964. Tomo XXI. p. 964.

(43) IBIDEM. p. 964.

(44) IDEM.

En realidad la Pena nació cuando adquirió carácter público, es decir, cuando se realizó con el consentimiento de la autoridad, jefe de tribu, del clan o de familia, o bien cuando - resultó impuesta por ellos.

Esta primera manifestación penal, la venganza privada, que en algunos casos era ilimitada, tuvo como frenos benéficos - para el interés social la Ley del Tali6n y la Composición o rescate de los derechos de venganza. (45)

La más antigua legislación conocida, el Código de Hammurabi (Babilonia) que data del S. XXIII A.C. contenfa precisamente este tipo de principios:

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo.

Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo.

Art. 229.- Si un maestro de obras construye una obra para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte a aquel maestro.

(45) SUPRA. 1.2.2.1.

Art. 230.- Y si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obras. (46)

El pueblo de Israel, por su parte, plasmó sus disposiciones penales principalmente en los cinco primeros libros del antiguo testamento, los que fueron denominados Pentateuco Mosaico (47); revelan numerosos puntos de influencia babilónica (Exodo XXI 18, 19, 22, 25, 29, 32; XXII 10, 11; Levítico XXIV 19, 20).

23 Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida.

24 Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie.

-
- (46) Fragmentos del Código de Hammurabi en Carrancá y - Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 93. La interpretación y aplicación de estas normas correspondía tanto a tribunales sacerdotales como a cuerpos colegiados civiles. Para mayor amplitud consultar Smith, Juan Carlos. "El Desarrollo de las - Concepciones Jusfilosóficas". Revista Mexicana de - Derecho Penal. no. 6, tercera época. nov.-dic. de - 1965. México. p. 111. Goppinger, Hans. Criminología. Editorial Reus. Madrid, 1975. p. 21. López Vergara, Jorge. "Introducción al Estudio de la Criminología". Revista Mexicana de Derecho Penal. Quinta Época. Julio-Diciembre 1978. México. p. 49.
- (47). El Pentateuco Mosaico está formado por Génesis, Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio. En el Exodo, Levítico y sobre todo en el Deuteronomio pueden encontrarse los preceptos penales de la legislación - mosaica, la que tiene a la dureza por característica fundamental.

25 Quemadura por quemadura, herida por herida. golpe por golpe.
(Exodo XXI 23, 24, 25). (48)

El Código Indú Manava Dharma Sastra o Leyes de Manú (S. XI A.C.) no contiene el talión, sino características de la venganza divina:

"Para ayudar al Rey en sus funciones el Señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de todos los seres, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya esencia es enteramente divina". (49)

En Egipto las primeras leyes penales se hallaban reunidas en los Libros Sagrados, que aunque no sobreviven, sí han -

(48) Biblia, La Santa. Sociedad Bíblica Americana. U.S.A. pp. 54-55.

(49) Fragmento del Manava Dharma Sastra en Carrancá y - Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 94. Las características más notables de este ordenamiento jurídico pueden centralizarse en la división social en castas o grupos sociales cerrados y hereditarios a los que se atribuyó origen divino. Estas castas eran cuatro: a) Los Brahmanes, que representan la cabeza de la divinidad y predominan sobre las castas restantes. b) Los Chatrias, quienes constituyen los brazos de la divinidad y como tales ejercen el gobierno. c) Los Vaisyas, representan el cuerpo de Brahma y son agricultores y artesanos. d) Los Sudras, quienes encarnan los pies de la divinidad y son la clase servil, con muy pocas garantías jurídicas y ninguna participación política. Al respecto véase Smith, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 115-116.

dejado huellas de su contenido y es posible comprender que tenían un profundo contenido religioso.

Por su parte, la antigua cultura China de castas tuvo orígenes y bases divinas, pero es interesante observar el uso que la casta en el poder hacía de las normas jurídicas para asegurar su estancia en el Trono.

En las Leyes Chinas de 647 se lee:

"Cualquiera que atente contra las Instituciones del Estado o de la Casa Imperial y todos aquellos que resulten partícipes en el delito, sin distinción de autor principal o cómplices, serán condenados a muerte lenta y dolorosa. - El abuelo, el padre, el hijo, el nieto, los hermanos mayores o menores y todos los que cohabiten con el delincuente, sin tener en cuenta enfermedad alguna, serán decapitados". (50), con lo que dicho ordenamiento, independientemente de la esencia religiosa que lo fundamenta, reúne también características de Venganza Pública.

Como observamos, las antiguas culturas Orientales tuvieron

(50) Ley China citada en Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 99.

procesos de desarrollo similares. El Oriente, que representa la primera etapa de la sociedad humana y que tiene formas generales de Estado y Derecho, basó este último en argumentos fundamentalmente religiosos.

Resulta conveniente señalar, sin embargo, que mientras en el extremo oriente las culturas China e Indú dieron a la pena - una finalidad que estuvo determinada por la necesidad de man tener su sociedad de castas, en los pueblos de Asia Occidental, que tuvieron mayor desarrollo en la vida espiritual, la pena tenía fuerte relación con la moralidad subjetiva del in dividuo.

Así también existió diferencia en lo referente a la responsa bilidad penal: mientras en la India y China fue rigurosamente objetiva y colectiva, en el occidente asiático dicho concepto logró mayor avance y consecuentemente fue subjetiva y personal. (51).

(51) CFR. Costa, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. U. T. E. H. A., México, 1953. p. 6.

1.2.3.2 Aspectos Penales en Grecia y Roma

El conjunto de manifestaciones socio-intelectuales que actualmente se conoce como propias de la cultura Griega, no desarrolló un Derecho unitario y único, sino que cada una de las ciudades-estado rigió su existencia jurídica con ordenamientos particulares.

Las legislaciones de Licurgo en Esparta (S. XI A.C.), Solón (S. VIII A.C.) y Dracón (S. VI A.C.) en Atenas, Zaleuco (S. VII A.C.) en Locris, Crotona y Sibaris; Caronda (S. VII A.C.) en Catanis conservaban características de la venganza privada. (52)

Sin embargo, poco se sabe de los conceptos penales de la época y los datos de referencia provienen en su mayoría de los relatos de poetas, oradores, trágicos y filósofos griegos.

Como hecho sobresaliente debemos mencionar la Ley de Dracón (S. VI A.C.) de Atenas, en la que se distinguió el delito que dañaba el interés social del que lesionaba bienes meramente particulares, castigándose el primero mucho más seve-

(52) Leyes de la Grecia Antigua referidas en Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 94.

ramente.

Por otro lado es importante, por lo valioso de su aportación, mencionar algunos conceptos vertidos por filósofos de la talla de Platón y Aristóteles:

Para Platón, en obras como La República, Las Leyes y El Gorgias existe una Ley de origen divino mucho más elevada a la creada por el hombre y además inmutable. Supone que cada persona tiene características propias que le llevarán a seguir determinada dirección en la vida, debiendo ser hacia la virtud; sin embargo, a lo largo de su obra, también reconoce cierto grado de libertad humana al aceptar que puede desviarse del camino para el que fue creado, cayendo en el vicio.

En lo relativo a la pena, Platón, aunque sostuvo su creencia sobre la existencia de una Ley Divina que juzgaría al hombre al morir y le haría pagar por las faltas cometidas, también reconoció la necesidad de imponer sanciones humanas al que se apartara de la Ley terrenal, para hacer posible la convivencia social. (53)

(53) CFR. Costa, Fausto. Op. Cit. pp. 9-14.

Por su parte Aristóteles, en obras como "Política" y "Ética de Nicómaco", sostuvo que el libre albedrío era una característica propia de la esencia humana, y al respecto manifestó que "el vicio y la virtud son igualmente voluntarios" - (54) por lo que el legislador debe dictar normas que castiguen al que delinque y que premien al que mantenga un comportamiento correcto.

En cuanto a la naturaleza y fin de la Pena este pensador - partía de la base de que para lograr aquella felicidad consistente en actividad virtuosa, que constituye el fin de la República, no es suficiente una actitud contemplativa, estática.

Por lo mismo, decía Aristóteles (55), no bastan las simples exhortaciones a obrar bien para que la gente se conduzca - por el camino de la virtud, sino que, por el contrario, es necesario actuar con fuerza para que las conductas sean controladas a través del miedo.

(54) Aristóteles, citado en Costa Fausto, Op. Cit. p. 16.

(55) CFR. Costa, Fausto. Op. Cit. pp. 16 y ss.

De esta manera, la Pena debería ser esencialmente una amenaza para el hombre delincuente, ya que suponía que por naturaleza se sigue el placer y se huye del dolor.

Todas estas aportaciones de la Cultura Griega sirvieron de antecedentes al Derecho Penal Romano; cabe aclarar que el enorme desarrollo que en el Derecho Civil logró este pueblo italo, no contribuyó a alcanzar la misma altura en el campo penal. Por ello Carrara designó a los romanos "gigantes del Derecho Civil y pigmeos del Derecho Penal", refiriéndose seguramente a las muchas atrocidades cometidas en ese pueblo con motivo de la aplicación de las normas represivas. (56).

En su origen, las legislaciones romanas contuvieron huellas del talión y la composición con significados religiosos, - evolucionando después hacia la venganza pública. En esta última etapa se logró distinguir entre los crímenes de carácter público y los esencialmente privados.

En un principio, en obediencia a la venganza privada y a la expiación religiosa, se utilizó con frecuencia la "vivi combustio" (se ejecutaba al condenado quemándolo vivo), la -

(56) CFR. Carrancá y Trujillo, Raúl Op. Cit. p. 95.

"bestiisabiectio" (combate en el circo con bestias o con otros hombres), la crucifixión, la decapitación y otras modalidades de pena de muerte con extrema crueldad; con posterioridad se condenó al delincuente al trabajo en minas, limpieza de las calles y cloacas, deportación a lugar determinado que se imponía conjuntamente con pérdida de la ciudadanía y confiscación de bienes; también se utilizaron las penas corporales, la marca y las mutilaciones.

El concepto de responsabilidad básicamente fue entendido desde un punto de vista objetivo y material, aunque en la Ley de las Doce Tablas se abrió el camino para la indagación subjetiva al considerar el llamado "dolo malo". (57)

Un avance notorio en relación con otros pueblos de la antigüedad significa el hecho de que los romanos fueron los primeros en eliminar todo razgo de responsabilidad colectiva (58).

En el ámbito filosófico, Cicerón constituyó el más grande centro de aportación para los fines de este estudio. Consideró que todo hombre debía sacrificar su interés personal ante el de la comunidad romana.

(57) CFR. Tavira y Moriega, Juan Pablo. Op. Cit. pp. 45-47.

(58) CFR. Costa, Fausto. Op. Cit. pp. 24-25.

Al referirse a las penas, las tendencias humanitarias de Cicerón emanaron para hacerlo considerar que el castigo debe conservar siempre una medida equitativa, que no se debe imponer con cólera, resentimiento ni ultrajes para el reo. (59).

1.2.3.3 LA EDAD MEDIA

1.2.3.3.1 La Teoría de la Delegación Divina

El paso del mundo greco-romano a la nueva era del medioevo - mantuvo la lucha tenaz entre dos concepciones opuestas: la pagana y la cristiana.

Al triunfar el cristianismo renació la idea judía de la existencia de un solo Dios que constituya el principio y el final de todas las cosas; como no había potestad que no fundara en El, el Derecho estatal a castigar y la atribución de la Pena fue, en la etapa a estudio, una función específica de la Venganza Divina.

Pero como esa voluntad sacra que debe manifestarse para lograr la justicia no podía ser administrada directamente por

(59). IBID. p. 25.

Dios, esta función le correspondió a su mandataria en el mundo terrenal: la Iglesia; de esta manera, todo cuanto ésta decidía, lo hacía en nombre de la Conciencia Divina máxima, - abarcando tanto los preceptos de orden ético como los jurídicos.

En este sentido, el sacerdote estaba capacitado tanto para imponer penitencias por pecados cometidos, como para ordenar la ejecución de verdaderas penas en sentido propio. (60)

Este es el origen de la Teoría conocida históricamente como - "Delegación Divina" que constituyó el fundamento filosófico - de la Edad Media y resultó ser el instrumento utilizado por - quienes, en su desmedido afán de Poder, escribieron las páginas más sangrientas en la historia del Derecho Penal a base del más feroz inhumanismo.

1.2.3.3.2 Rasgos Penales en la Edad Media

Dada la realidad por la que atravesó la humanidad durante la Edad Media, considero que debe señalarse la dualidad penal - que imperó durante este período: por una parte el Derecho Ca-

(60) CFR. Costa, Fausto, Op. Cit. pp. 37-38.

nónico, con profundo espíritu humanizante, y, por otro lado, una práctica penal totalmente alejada del más mínimo sentimiento de humanidad y caracterizada por su crueldad.

El pensamiento cristiano, en realidad, significó un paso importante hacia la humanización de las penas; se inspiró en ideas de caridad y comprensión al delincuente, procurando su enmienda y redención; aunque estos principios no tuvieron gran aplicación, su mérito es indiscutible.

En cuanto a los conceptos de imputabilidad, delito y pena, - se les dió un considerable valor subjetivo, con lo que se delineó el criterio de responsabilidad moral. (61)

1.2.3.3.3 La Aportación de San Agustín y Santo Tomás. (62)

San Agustín es considerado justamente uno de los escritores

(61) IBID. pp. 43-44.

(62) En realidad, la aportación filosófica de la Edad Media puede dividirse en dos grandes etapas: La Patrística y la Escolástica. La primera empezó a manifestarse desde principios del S. IV D.C. en torno a dos ideas fundamentales: la consolidación de la fe cristiana y la moralización del espíritu humano. Uno de los exponentes más representativos de la patrística fue San Agustín. Por su parte, la Escolástica (cuyo nombre tiene su origen en referencia a la filosofía surgida en las escuelas conventuales, abaciales o catedrales que en la época constituían casi los únicos centros de estudio) tuvo su origen a mediados del S. XII y a Santo Tomás de Aquino como máximo exponente. Véase Smith, Juan Carlos, Op. Cit. pp. 132 y ss.

más valiosos de la Edad Media. Tuvo como influencia la filosofía Greco-Romana, particularmente el pensamiento de Platón y Aristóteles.

Dentro de su concepción general dividió al mundo en dos partes: la Ciudad Divina, habitada por los elegidos y orientada hacia el conocimiento y la afirmación de Dios, y la Ciudad Terrena construida por los mortales y orientada hacia la felicidad temporal.

San Agustín consideró la Ley y la Justicia terrenal como meramente pasajera y sin la mayor trascendencia, manifestando su fe en el juicio final donde sería Dios quien directamente emitiera su veredicto, concediendo a los buenos la felicidad eterna, y a los pecadores la verdadera desgracia. (63)

Santo Tomás, por su parte, dominó el pensamiento de la segunda fase de la filosofía cristiana; conservó las disposiciones de la Ciudad Divina y la Ciudad Terrena, pero dió a esta última cierto valor al considerarla una fase necesaria por la que todo hombre debe atravesar para alcanzar un estado superior de gracia, si respeta la Ley.

(63) CFR. Costa, Fausto. Op. Cit. pp. 50 y ss.

Al referirse a la Pena, le atribuye un sentido de retribución, es decir, que debe devolver igual por igual; también le atribuyó carácter de intimidación al asegurar que si la Ley se quiere hacer respetar tiene que ser temida, y que sólo el temor a la pena mantendrá a los hombres alejados del crimen. (64)

1.2.3.4 LA REVOLUCION IDEOLOGICA DE LOS S. XVII Y XVIII

A partir del S. XV comenzó a manifestarse en Europa un movimiento filosófico que tenía por esencia el antropocentrismo en vez del teocentrismo (65), es decir, se provocó que las ideas y la atención se dirigieran a un punto de partida localizado en el hombre mismo, dejándose atrás las concepciones que encontraban en Dios el centro de sus preocupaciones y de su inspiración.

Esta tendencia está representada por Nicolás Maquiavelo - (1469-1527), Juan Bodín (1530-1596) (66) y principalmente -

(64) IBID. pp. 50 y ss.

(65) CFR. Gutierrez Saenz, Raúl. Historia de las Doctrinas Filosóficas. Editorial Esfinge, S.A. México, 1977. p. 95.

(66) CFR. Smith, Juan Carlos. El Desarrollo de las Concepciones Jus Filosóficas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. La Plata, 1964. pp. 55-56.

por Hugo Grocio (1583-1645), quien marcó la definitiva escisión entre el jusnaturalismo escolástico y el jusnaturalismo natural. (67)

En el camino hacia la humanización del Derecho Penal tuvieron mucha importancia (como antecedentes) las ideas del mismo Grocio y Lock (68), quien con su pensamiento revolucionario señaló los derechos del hombre frente a los de la Autoridad Estatal, imponiendo a ésta nuevas restricciones o limitantes.

Surgieron también nuevas teorías explicativas de la naturaleza de la Pena; Hobbes, Spinoza y Locke (69) echaron por tierra el concepto de pena como retribución jurídica por mandato divino al otorgarle sentido de corrección o eliminación de delinquentes (medidas de prevención especial de delincuencia), así como de intimidación en sujetos proclives a la conducta ilícita (medida de prevención general).

-
- (67) Grocio independizó el Derecho de la Religión e inició una nueva corriente jusnaturalista que parte del reconocimiento de la razón humana como instrumento único cognoscitivo de Derecho Natural. Véase Smith, Juan Carlos. Op. Cit. p. 62.
- (68) CFR. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978. p. 54.
- (69) CFR. Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1978. pp. 32-33.

De la misma manera, un grupo de estudiosos alemanes de esa misma época, como Puffendorf, Christian Thomasius y Christian Wolf (70) desecharon la finalidad penal meramente retributiva.

Dentro de este movimiento ideológico del S. XVIII participaron Montesquieu (con su obra "El Espíritu de las Leyes"), - Voltaire (con "Sobre la Tolerancia") y Rousseau ("El Contrato Social") (71), criticando los excesos en las Penas y las irregularidades en los procesos, engrandeciendo así la tendencia hacia la reforma penal.

Pues bien, todo este caudal de grandes pensadores sirvió de marco para que hicieran su entrada en la historia César Bonnesana, Marqués de Beccaria y el inglés John Howard.

En la década de los 1760 la opinión contra la pena medieval era tremenda y habían participado, aparte de los ya mencionados, Mme. de Sévigné, La Bruyère, Nicolas (Presidente del Parlamento de Dijón, Francia), el abate Fleury, Diderot, - D'Alambert, Holbach y Helvétius (72), todos ellos decididos

-
- (70) IBID. y en el mismo sentido, véase Carrara, Francesco. Op. Cit. pp. 45 y ss.
- (71) CFR. Pavón Vasconcelos. Op. Cit. p. 54.
- (72) CFR. Smith, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 60 y ss. En el mismo sentido véase Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 33.

oposidores de la atrocidad de ciertos suplicios.

Con estos antecedentes apareció en 1764 la obra de Beccaria (73) "Del Delitti e delle Pene", que aceleró enormemente el proceso de la evolución Penal (74); posteriormente surgió la obra "The State of the Prisons" de John Howard (75) que contribuyó a la modificación del sistema carcelario.

1.2.3.5 LA CONCEPCION CIENTIFICA

En el S. XIX el mundo del conocimiento sufrió nuevamente cam bios profundos y significativos con el desarrollo de las - ciencias de la medicina, la sociología, la biología y el nue vo horizonte que estas abrieron a los estudiosos de la época.

Pues bien, las nuevas áreas del conocimiento, junto con el - enfoque positivista, coadyuvaron para dar un nuevo giro a la

(73) SUPRA 1.2.2.4.

(74) La obra de Beccaria fue muy bien recibida por la opinión general, contrariamente a ciertos temores que el mismo Bonessana abrigara antes de su publicación. El éxito del libro fue tan inmediato que ya para octubre de 1765 la Sociedad Patriótica de Berna le asignaba - una medalla de oro aún sin conocer al autor. Por otra parte, Catalina de Rusia se basó en los principios que contenfa para dictar sus instrucciones de reforma de - las Leyes Penales en 1767; lo mismo hicieron Leopoldo de Toscana en 1786, José II de Austria en 1787 y Federico el Grande de Prusia. Al respecto consúltese Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 55, así como también Jiménez de Asúa, Op. Cit. pp. 34-35.

(75) SUPRA 1.2.2.4.

idea de delincuente y así también a la de Pena.

Los novedosos enfoques de la realidad del hombre (entre los que jugó un papel importante la aportación de Carlos Darwin en los años de 1859 y 1871 en que publicó "La Selección de las Especies" y "El Origen del Hombre", respectivamente) - dieron origen a la Escuela Positiva de Derecho Penal, cuyos pilares fueron César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo (76), quienes consideraron al delito como efecto de - complejos factores y lo entendieron como resultado de la - personalidad del delincuente.

A partir de esta apreciación, la idea de Pena sufrió modifi-
caciones profundas al perder sentido su tradicional tenden-
cia al sufrimiento con base en una concepción abstracta del
delito, sustentada por la Escuela Clásica (77), para dar lu

(76) CFR. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. -
Editorial Porrúa. México, 1975. pp. 36 y ss.

(77) Podemos mencionar como algunas de las diferencias bá-
sicas entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva
de Derecho Penal las siguientes: para la Escuela Clá-
sica el punto de partida y hecho esencial es el deli-
to como hecho objetivo, y no el delincuente. La Es-
cuela Positiva, por otro lado, entiende al delito co-
mo simple manifestación del estado peligroso del de-
lincente, que es su centro de estudio. Para los clá-
sicos el método es deductivo y especulativo, mientras
que para los positivistas lo es inductivo, experimen-
tal. La Escuela Clásica castiga al delincuente por la
gravedad objetiva de la infracción, mientras que la
intención positivista es aplicar medidas penales pro-
porcionalmente al llamado "estado peligroso". Al res-
pecto consúltese Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pp. -
41-42.

gar al nacimiento de las tendencias modificadoras y correctivas de la naturaleza del delincuente.

Por otra parte, el pensamiento de científicos de la época, - como Von Liszt, Prins, Garraud y Alimena, entre otros (78), coincidió en que la principal finalidad de la Pena debía ser lograr el máximo de defensa social con un mínimo de sufrimiento individual.

Ahora bien, resumiendo, y como puede comprenderse del análisis histórico de las diversas expresiones penales, la reacción de las distintas culturas en la lucha contra el crimen ha encontrado diversos fundamentos y manifestaciones.

La Pena, término tan pequeño e impersonal cuyos orígenes se pierden en la obscuridad del pasado del hombre primitivo y que desde ahí ha iniciado un larguísimo desarrollo con incontables etapas de estancamiento y no pocas reversiones, con rasgos humanos a veces, de brutal expresión otras tantas, ha alcanzado hoy en día un nivel que parecería inmejorable si se juzga con ligereza.

Ciertamente en la actualidad no subsisten ya las expresiones

(78) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 964.

de inhumana crueldad que en otras épocas se aplicaron sin miramientos; hay quien afirmaría, con este argumento, que el delincuente actual es tratado en condiciones inmejorables. -

Sin embargo, el desarrollo hasta el penitenciarismo actual responde al desarrollo social general; cada cultura estructura mecanismos dentro de su ser que deben resultar acordes entre sí; de esta manera, las expresiones penales deben adecuarse a las condiciones y necesidades ideológicas, económicas y sociales.

Pues bien, dada la realidad de la sociedad mexicana, y toda vez que la práctica penitenciaria nacional ha demostrado ineficacia en su función de readaptación, resulta necesario continuar la marcha de la evolución hacia nuevos tratamientos - que ofrezcan a nuestra sociedad resultados más halagadores - en la lucha contra la delincuencia primaria y la reincidencia.

1.3 LOS COMPONENTES ESENCIALES DE LA PENA

Toda vez planteado el panorama general que en cuanto a manifestaciones penales nos facilita la historia, comentados los conceptos teóricos justificantes de la función represiva, - por una parte, y las prácticas sancionadoras, por otra; una

vez recorridos 40 siglos de evolución penal codificada y dibujada la tendencia que la función represiva ha seguido, dediquemos ahora nuestra atención al estudio de ciertos componentes estructurales propios de la Pena.

1.3.1 Su Fundamento y Función

Las opiniones vertidas en cuanto a los elementos esenciales de la Pena y la función que ésta tiene en la sociedad son in numerables y continuamente con diferencias ya en lo formal, ya en lo sustancial.

Los cuestionamientos sobre el fundamento y la función de la Pena constituyen un problema de filosofía jurídica, dado que se le indaga un elemento de esencia, una razón última que está fuera del campo de cualquier legislación dada.

De entre las muy variadas teorías que explican este problema filosófico se puede hacer una gran división y establecer una clasificación basada en tres grandes pilares: las teorías absolutas, las relativas y las mixtas. (79).

(79) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 964.

1.3.1.1 Las Teorías Absolutas

Para éstas la pena constituye un fin en sí mismo, es un resultado ineludible de la comisión del delito y ésta es precisamente la razón de su aplicación. (80)

Las teorías absolutas han sido subdivididas por Binding en teorías de la reparación y teorías de la retribución. (81)

La teoría de la reparación considera que el delito es realizado porque el sujeto activo actúa influenciado por ciertos principios inmorales, y que la pena expía o purifica esa voluntad inmoral que generó el crimen. (82)

Las teorías de la retribución suponen que el delito constituye un daño en sí mismo irreparable, pero que necesariamente debe aplicarse la pena para restablecer el orden roto. - Estas ideas están integradas, concretamente, por las teorías de la retribución divina, de la retribución moral (sustentada por Kant) y de la retribución jurídica (expuesta por Hegel) según se considere que dicho orden social pertur-

(80) CFR. Wenzel, Hans. Derecho Penal. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, Argentina, 1965. pp. 235, 236.

(81) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 965.

(82) IDEM.

bado tiene un origen divino, moral o jurídico, respectivamente. (83)

1.3.1.2 Las Teorías Relativas

A diferencia de las absolutas, éstas no atribuyen a la pena un fin en sí misma, sino que la consideran un medio necesario para lograr la paz social, que constituye la meta que da sentido a la represión. (84)

Dentro de esta idea general son distintas las teorías específicas que explican la razón de ser y la manera de actuar de la pena.

A continuación procedo a enumerarlas:

- a) La teoría contractualista.- Tiene su origen en el pensamiento de Rousseau. Entiende que la paz social se origina en un acuerdo de voluntades de la comunidad; también supone ese origen para la pena, a la que considera una reacción defensiva para la conservación del pacto social. (85)

(83) IDEM.

(84) CFR. Wenzel, Hans. Op. Cit. p. 237.

(85) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 965.

- b) La teoría de la prevención mediante la ejecución. Considera que la costumbre de aplicar sanciones graves en público resulta efectiva para propiciar el temor del pueblo y el escarmiento de los delincuentes. (86)
- c) La teoría de la prevención mediante la coacción psíquica (Feuerbach). Considera que la coacción psíquica es especialmente efectiva para reprimir el deseo de delinquir. Esta coacción opera haciendo saber a toda la población - que a la comisión del delito seguirá un daño mayor (la pena) por lo que deben reprimir su deseo de delinquir. - (87)
- d) La teoría de la defensa indirecta (Romagnosi).- Parte de la base de que el que ha delinquido puede volver a hacerlo, por lo que es necesario imponerle una sanción para inspirar su temor y evitar su reincidencia. (88)

Todas las anteriores teorías integran la corriente de prevención general de delincuencia.

(86) IDEM.

(87) IDEM.

(88) IDEM.

Por otra parte existen autores que no intentan evitar los delitos mediante medidas generales, sino que las destinan a cada sujeto en especial, a cada delincuente. A continuación - las más significativas:

- a) La teoría correccionalista (Roeder).- Considera que la pena no debe ser un daño al delincuente, sino al contrario, debe procurar su reforma a través de una especie de reeducación. (89).

- b) La teoría positivista.- Concibe a la pena como un medio de defensa social y constituye un tratamiento destinado a impedir la nueva comisión de delitos. Su origen no es el delito en sí mismo, sino la peligrosidad del sujeto, por lo que elimina toda diferencia entre penas y medidas de seguridad. (90).

1.3.1.3 Las Teorías Mixtas

Constituyen la conciliación entre las teorías relativas y las absolutas. Incorporan en un solo sistema características de ambos grupos.

(89) IDEM.

(90) IBID. p. 966.

Las teorías mixtas más importantes son las desarrolladas por Carrara, Merkel y Binding.

- a) La teoría de Carrara.- Este autor reconoce que para protección de la convivencia en sociedad es necesaria la existencia de un orden jurídico normativo que regule las conductas, debiendo imponerse coercitivamente; sostenía que la pena no debe tender a atemorizar, sino por el contrario, a tranquilizar y restablecer la confianza que debe imperar en el orden social. (91).
- b) La teoría de Merkel.- Considera que la pena debe aplicarse cuando no basten las demás medidas asegurativas del fundamento psicológico de respeto al derecho. Su finalidad es la de proteger los bienes violados y debilitar las causas que originaron el acto criminal. (92)

(91) Carrara opinaba que el sistema penal debía siempre ordenarse de acuerdo con principios de la ley eterna y natural. Toda regulación penal que se aparte de esa ley que tiene origen en Dios, será injusta; así la pena siempre tenderá a la conservación de la humanidad y a la protección de sus derechos, procediendo de acuerdo a las normas de justicia. Al respecto véase Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal. Op. Cit. pp. 62-63.

(92) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 966.

- c) La teoría de Binding.- Considera a la pena como una consecuencia necesaria del delito, y advierte que aunque el delincuente se convirtiera en un buen ciudadano, su acto ilícito no debía quedar impune. En su opinión es también una forma de reafirmar el derecho sobre la conducta ilícita. (93).

1.3.2 Concepto y fines de la pena

Las definiciones que se han vertido sobre la pena resultan prácticamente incontables, pues bien puede decirse que cada autor aporta con la suya propia.

Resulta útil mencionar algunas de ellas: Grocio (94) definió la pena como "el padecimiento de un mal a causa de una mala acción". Beccaria (95) la entendió como "obstáculos políti-

-
- (93) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 966. En realidad, todas las teorías expuestas giran en torno a tres ideas fundamentales: la retribución, la intimidación y la enmienda. La idea de retribución se materializa en la pena en el hecho de que a ésta se le considere una consecuencia necesaria del delito. Las teorías de intimidación pretenden prevenir los delitos mediante la eficacia atemorizante que le es inherente. Por su parte, las teorías de enmienda pretenden corregir, mejorar al reo a fin de impedir su reincidencia. Al respecto consultar Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. U.T.H.E.A. Argentina, 1960. pp. 502 y ss.
- (94) Grocio, Hugo citado por Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Op. Cit. p. 33.
- (95) Beccaria, citado por Carrara, Francesco. Op. Cit. p. 33.

cos contra el delito". Carrara (96) como "el mal que, de conformidad con la ley del estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades".

Edmundo Mezger (97) nos dice: "La pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto)".

Von Beling (98) define la pena desde el punto de vista del Derecho Alemán vigente, y lo hace en los siguientes términos: "La pena es la retribución de un mal, regulada por el Estado como medio para el mantenimiento de su autoridad, por una ilicitud cometida por un hombre ...".

Zdravomislov (99) nos define lo que en su concepto es la pena en el Derecho Penal Soviético: "... la pena es una medi

(96) Carrara, Francesco, Op. Cit. p. 34.

(97) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. Tomo II. p. 397.

(98) Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. p. 8.

(99) Sdravomislov, B.V., Schneider, M., Kálinka, S. y Rashkovskaia, S. Derecho Penal Soviético. Editorial Temis, Bogotá, 1970. p. 285.

da especial de coerción estatal, que aplica el tribunal, basándose en la ley, a las personas culpables de la comisión de un delito ..."

Antolisei (100), por su parte, define la pena como "el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un precepto de la ley - misma".

Bettiol la explica como "la consecuencia jurídica del delito, es decir, la sanción previamente establecida para la violación de un precepto penal". (101)

Cuello Calón (102) entiende por pena "La privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a Ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal".

Pues bien, de las anteriores opiniones podemos obtener un elemento que les es común; el hecho de que la pena es siempre

(100) Antolisei, Francesco. Op. Cit. p. 498.

(101) Bettiol, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1965. p. 635.

(102) Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 16.

un castigo (103), y como tal, trae necesariamente un perjuicio y un daño al que le es impuesta.

Existen, sin embargo, opiniones de otros autores que, en sus - más radicales extremos, niegan todo el carácter punitivo y expiatorio a la medida que debe imponerse al reo.

De esta manera, el máximo exponente de la corriente llamada - "Nueva Defensa Social", Marc Ancel (104), rechaza todos los - postulados del Derecho Penal Clásico, desconoce el orden jurfídico y solamente reconoce el orden social. En consecuencia - niega toda validez a la pena y admite solamente la medida de seguridad, que no debe pretender retribución alguna, ni expiación, ni reparación; sólo mira el futuro prescindiendo totalmente del pasado; sus fines se encuentran en la prevención, - protección y reintegración social. En el mismo sentido, Gramática (105) adoptó una posición extremista: sugiere abolir - completamente el Derecho Penal en su concepción actual, combatir la pena tomando en consideración el grado de "Antisocialidad" en vez de la "Peligrosidad" de los positivistas.

- (103) El mismo significado etimológico de la voz "pena", con origen en el latín "poena" y en el griego "poinë" denota un daño, un dolor físico o moral.
- (104) CFR. Beristain, Antonio. "Los fines de la Pena". Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Penal, U.N.A.M. No. 22, Sept.-Oct. de 1967. pp. 22-23.
- (105) Filippo Gramática citado en Beristain, Antonio. Op. Cit. p. 23.

Radbruch también considera que el enfoque de las legislaciones punitivas debe ser modificado y en ese sentido opina que "reformular el Derecho Penal no significa mejorarlo, sino sustituirlo por otro mejor". (106)

Andrianakis afirma que "efectivamente hoy las penas como las medidas de seguridad no se proponen otro fin que mejorar al delincuente". (107)

Hideo Ichikawa manifiesta: "será necesario ir del objetivismo de la teoría penal clásica al subjetivismo de la teoría penal moderna, de la pena vindicativa a la sanción correctiva". (108).

Ahora bien, todas las opiniones expuestas resultan importantes en razón de que constituyen marcos de referencia y datos de experiencia acumulados en distintos momentos históricos y diversas condiciones sociales.

(106) Autor citado en Beristain, Antonio. Op. Cit. p. 23.

(107) Andrianakis, citado por Beristain, Antonio. Op. Cit. p. 23.

(108) Ichikawa, Hideo, citado por Beristain, Antonio. Op. Cit. p. 23.

A fin de determinar los fines que la pena debe perseguir en el México actual, debemos tomar en cuenta que el elemento represivo es una necesidad inherente a la vida en comunidad (109); - sin embargo, es importante imprimirle otros elementos para que cumpla efectivamente con una función de utilidad social.

En mi concepto, la pena (o más correctamente, la medida penal que se imponga al delincuente) debe tender a ser, aparte de expiatoria, educativa, reparadora y preventiva de reincidencia. (110)

Debe ser educativa, en razón de que ha de proporcionar al delincuente nuevos conceptos que le permitan integrarse a la vida libre con criterios de solidaridad y utilidad social, mis-

(109) CFR. Ceniceros, José Angel. Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo. Ediciones Botas. México, 1943. p. 30.

(110) Leclercq atribuyó a la pena un cuádruple aspecto: reparador, ejemplar, represivo y educativo. CFR. Leclercq, Jacques. Op. Cit. p. 77. En realidad, el segundo fin - que destinó a la pena, el ser "ejemplar", puede contribuir a que cumpla con una función preventiva de criminalidad. Cabe señalar que Ortolan señala como el principal objeto de la pena el ser ejemplar, y en lo posible correccional. CFR. Ramos Pedrueza, Antonio, "De las Penas en General". CRIMINALIA año XXVII, No. 11. No - viembre de 1961. pp. 521 y ss. Personalmente difiero - de dicha opinión porque creo que la ejemplaridad es - una medida general de prevención de dudosa efectividad, mientras que la corrección del delincuente reporta un beneficio social mucho mayor, por lo que debe tener un carácter jerárquicamente superior dentro de los fines de la pena.

mos que actuarán como moderadores de su conducta y lo controlarán para que respete las normas de comportamiento. Este ámbito educativo ha de referirse también a la formación del sujeto como ente económicamente activo, es decir, deberá dotar al sentenciado de los conocimientos y práctica necesarios para que, en su reingreso a la vida libre, pueda desempeñarse en un oficio, empleo técnico, profesional o cualquier otra actividad productiva, digna y honesta que le permita solventar las necesidades económicas propias y las de aquellos que dependan de él.

Lo anterior con base en que, desgraciadamente, en nuestro país gran parte de la población carece de la educación y preparación necesarias para procurarse un medio de vida digno, razón que influye determinantemente para que tarde o temprano cometan ilícitos. Es menester reintegrar a estas personas a la vida en convivencia libre dotándolos de los instrumentos necesarios para que se conviertan en sujetos útiles y productivos.

La pena, por otra parte, ha de ser reparadora. Esto en virtud de que el daño causado por la comisión del ilícito debe ser, en lo posible, repuesto económicamente por el infractor. Cabe señalar que nuestra legislación, si bien prevé la repara

ción del daño, lo hace como una consecuencia secundaria, accesoria a la imposición misma de la pena; le impone al sentenciado la obligación de cubrir los daños causados, pero no le otorga la oportunidad de que realice una actividad productiva que le permita destinar una parte de sus ingresos a tan importante fin. Considero que debe dotarse al reo de un empleo que le proporcione ingresos reales (no las sumas insignificantes que normalmente perciben los internos en los centros carcelarios), parte de los cuales deberá serle descontada, por Ley, a fin de que se de pago a la reparación del daño.

El cuarto fin que debe tener la pena, que en importancia jerárquica ocupa el primero, consiste en que ha de ser preventiva de reincidencia.

Si a través del tratamiento científico-criminológico individualizado pudiera lograrse que el sujeto que ha delinquido se reintegrara al núcleo social sin peligro de reincidencia,

la meta más alta en política criminal se habría logrado. -

(111)

Es necesario que la legislación mexicana defina correctamente los fines que deben perseguirse con las sanciones impuestas. Las medidas que se apliquen al delincuente deben ser de los cuatro grupos enunciados, cuantificados en orden a la personalidad del sujeto en cuestión.

-
- (111) Doctrinalmente las medidas de prevención de delincuencia se han dividido en generales y especiales. Las medidas generales se destinan a la población como grupo. Las medidas especiales de prevención de delincuencia se destinan a cada sujeto en particular y obran en él para eliminarlo, o bien para corregirlo. Véase Bueno - Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Instituto de Criminología. Universidad de Madrid. pp. 6-7.

CAPITULO SEGUNDO
La Pena Privativa de Libertad

II LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Si bien en el capítulo anterior analicé el concepto de "pena" desde un punto de vista general, ahora quiero dedicar la atención al estudio específico de uno de los instrumentos de que se han servido las instituciones estatales en su reacción contra el hecho antisocial: la prisión.

Este instrumento penal adquiere especial importancia en relación con otras medidas usadas a través de la historia, en razón de la gran aplicación que tiene en todo el mundo.

En nuestro país, concretamente, la prisionalización constituye la principal medida de prevención de delincuencia desde hace muchas décadas.

Actualmente, dada la gran cantidad de personas que directa o indirectamente son afectados por ella, es necesario repasar los fines que teóricamente persigue, así como también la realidad que en la práctica refleja; todo ello para comprender su verdadera utilidad social.

2.1 EVOLUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El estudio cronológico de la prisión nos revela dos direcciones esencialmente diversas: primeramente fue un instrumento a través del cual se servía la autoridad para mantener al acusado presente en el juicio e imposibilitar que se sustrajera a la acción de la justicia (carácter de prisión preventiva); por otra parte, ha cumplido también con el papel de pena en sí misma. (112)

2.1.1 Las Primeras manifestaciones de la Prisión

En realidad, el encierro con fines de contención y vigilancia de la persona física para su posterior juzgamiento ha existido desde tiempos inmemorables. (113)

junto con esta finalidad de aseguramiento, el encierro primitivo se usó también para aplicar diversos tipos de tormento o pa

(112) CFR. Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1979. p. 72.

(113) Ladislao Thot manifiesta que con estas características existió la prisión en China, Babilonia, Persia, Egipto, Japón, Israel, y otras culturas del medio y lejano oriente. Thot, Ladislao, citado en Neuman, Elias. Evolución de la Pena Privativa de libertad y Regímenes Carcelarios. Ediciones Pannedille, Argentina, 1971. p. 21.

ra esperar el pago de un elevado rescate a cambio de la libertad del detenido (114), pero no como sanción penal en sí misma.

En la cultura griega o helénica se ignoró la pena privativa de libertad (115).

Los romanos concibieron el encierro como mero aseguramiento preventivo, ya que las penas usadas por ellos fueron extremadamente cruentas, en algunos casos, o castigos corporales menores, en otros.

Sin embargo, aunque no existió la prisión como pena pública, es conveniente aclarar que tanto en Grecia como en Roma sí apareció como sanción civil por deudas; también existió el "ergastulum" con carácter más privado que público, a través del cual el "Pater-Familiae" determinaba la reclusión tempo-

(114) CFR. Menting, Hans Von. La Pena. Editorial ESPASA-CALPE, S.A. Madrid, 1968. Vol. II. p. 185.

(115) No obstante, Alessandro Levi señala que Platón, en el tercer libro de "Las Leyes", intuyó la necesidad de tres tipos de cárceles: de custodia, de corrección y de castigo. Levi, Alessandro, citado por Neuman, - Elfas. Evolución de las penas privativas de libertad. Op. Cit. p. 21.

ral o perpetua del esclavo por ciertas indisciplinas o delitos. (116)

Durante la edad media, la prisión existió principalmente con la mencionada función de aseguramiento, y los detenidos no eran dignos de ninguna consideración: perturbados mentales, toda clase de delincuentes, mujeres, ancianos y niños eran apañados entre sí en encierros subterráneos o en calabozos de palacios y fortalezas en espera de su sentencia.

Por otra parte, la cárcel, que era arbitrio de los príncipes o señores feudales, fue empleada en función de la procedencia social, como una medida secundaria que podía redimirse por dinero u otras prestaciones en casos de gente poderosa. (117)

2.1.2 Los primeros establecimientos de tipo correccional

Desde la segunda mitad del Siglo XVI comenzaron a sentirse las consecuencias de ciertos disturbios sociales: las largas guerras y la crisis de las formas feudales de vida ocasionaron que se desarrollara un creciente número de vagabundos y -

(116) CFR. Neuman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad. Op. Cit. p. 22. En el mismo sentido Rico, - José M. Las Sanciones Penales y La Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. p. 12.

(117) CFR. Henting, Hans Von. La Pena. Op. Cit. p. 199.

mendigos que ya para principios del Siglo XVII formaban verdaderos ejércitos.

Pues bien, dado que era necesario defenderse de estas legiones de pequeños criminales, se realizaron acciones periódicas de limpieza (los expulsaban, los azotaban, marcaban a fuego, los desorejaban). Pero como en algún sitio debían estar, iban de una ciudad a otra.

Dado que existía cierta tendencia a comprender la desastrosa situación de estos infortunados, y además eran demasiados para ahorcarlos a todos, se decidió crear ciertos establecimientos para recluirlos: tales fueron el Rasphuys (1595) y el Spfnhyes (1597), para hombres y mujeres respectivamente, ambos construidos en Amsterdam, Holanda. (118)

Aunque con anterioridad a éstos ya se habían construido ciertos establecimientos correccionales (como House of Correction de Bridewell, Londres, en 1552) (119), los establecimientos holandeses fueron los más importantes por los métodos correccionales que se aplicaron, basados en el trabajo. En ellos

(118) CFR. Menting, Hans Von. La Pena. Op. Cit. pp. 214-215.

(119) CFR. Neuman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad. Op. Cit. p. 30.

se internó a mendigos, vagos y prostitutas y se les dedicó - al trabajo de raspar madera (los hombres) y a hilar lana y - diversos tejidos (las mujeres).

La corrección a través del trabajo y la asistencia religiosa se realizó conjuntamente a la aplicación de fuertes castigos para el indisciplinado. (120)

Siguiendo el camino marcado por las prisiones de Amsterdam (121) pronto se crearon en Alemania prisiones con los mismos métodos correctivos: la de Remen en 1609, la de Lubecken en 1613, la de Osnabenck en 1621 y la de Hamburgo en 1629. (122) En Suiza se crearon en el Siglo XVII los "Shellenwerke" con

-
- (120) Abundaban los azotes, latigazos, y ayunos. Al que no quería trabajar o se decía inválido se le aplicaba la "celda de agua" en un recinto provisto de una bomba - de agua por dentro y por fuera. Poco a poco el líquido iba subiendo y el interno tenía que trabajar muy fuerte sacando el agua para no ahogarse. Se dice que había una pared llena de bastones y muletas de reclusos "curados". Ver Henting, Hans Von. La Pena. Op. - Cit. pp. 214-215.
- (121) Radbruch ha dicho refiriéndose a ellas: "los liberados de esas casas más que corregidos salían domados" al recordar un bajo relieve que figura a las puertas del rasphuys, en el que aparece un carro arrastrado por - dos leones, jabalíes y tigres a los que el conductor azota con un látigo. Radbruch encuentra en esta alegoría la finalidad del establecimiento, ya que "si hasta las bestias salvajes pueden ser domadas, lo mismo puede hacerse con los hombres". Véase Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 304.
- (122) CFR. Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 304.

fundamento de trabajo forzoso de los reclusos. (123)

sin embargo, estos establecimientos constituyeron casos especiales, pues la prisión, hasta el Siglo XVIII, continuó siendo una medida para asegurar al procesado en espera de su sentencia.

En la segunda mitad del S. XVII el sacerdote italiano Filippo Franci, que ignoraba la existencia de los establecimientos holandeses, creó en Florencia el hospicio de San Felipe Meri, - basado en una idea de Hipólito Francini y en el que alojó vagabundos e hijos descarriados de familias acomodadas. El sistema empleado consistía en el confinamiento individual en celdas; además, los reclusos debían llevar cubierta la cabeza -

(123) Conviene mencionar también que, en los Siglos XVI y - XVII algunos países (Inglaterra, España, Francia, Italia) rescataron a ciertos condenados a muerte y los - destinaron a trabajos forzados en obras públicas, minas, presidios militares o como remeros en las galeras. Al respecto ver Bueno Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y tratamientos Penitenciarios. Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, 1975. p. 7. Estas experiencias constituyen parte del llamado "período de - la Explotación", en el que el Estado advierte que el - privado puede ser utilizado con fines económicos a través del trabajo forzoso. Consultar Neuman, Elías. Prisión Abierta. Ediciones de Palma, Buenos Aires. 1962. p. 7.

con un capuchón con el fin de que no entablaran entre sí relaciones o trato alguno. (124)

En esa misma época, el monje francés Juan Mabillon de la Abadía de Saint Germain de París, "uno de los hombres más cultos del reinado de Luis XIV" (125), influenciado por el trabajo de Francini, escribió el libro "Reflexiones sobre las prisiones monásticas" (1690) en el que propuso la reclusión en pequeñas celdas, cada una de las cuales debía tener un pequeño jardín para ser cultivado por el interno en horas francas. En las ceremonias religiosas debían permanecer separados unos de otros, cada cual cubierto por su respectivo capuchón. Además, no debían recibir visitas (126). En realidad esta obra fue una aportación importante en una época en que todavía no se trabajaba en la regeneración del delincuente.

En el último cuarto del s. XVII tuvo lugar un acontecimiento especialmente importante: La fundación del establecimiento de Gante (Bélgica), por parte de Juan Vilain XIV, en el año de 1775.

(124) CFR. Neuman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 19. En el mismo sentido Neuman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios. Op. Cit. p. 33 y Cuello-Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. pp. 304-305.

(125) Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 305.

(126) CFR. Neuman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios. Op. Cit. p. 34.

En éste apareció, aunque de manera rudimentaria, la clasificación de los reclusos, ya que, en pabellones separados alojó a criminales, mendigos y mujeres.

Vilain recomendaba el encierro de criminales con el fin de reformatarlos mediante la enseñanza de algún oficio. Proveyó a los internos con servicios como atención médica adecuada, trabajo productivo, celdas individuales y una disciplina voluntaria, sin crueldades; por otra parte, se opuso a la prisión perpetua. Las aportaciones de Juan Vilain XIV le valieron el sobrenombre de "Padre de la ciencia penitenciaria". (127)

A principios del s. XVIII el Papa Clemente XI creó en Roma, - Italia, el Hospital de San Miguel (1704) donde recluyó para su corrección a jóvenes delincuentes y también asiló a huérfanos y ancianos. Posteriormente alojó jóvenes (menores de 20 años) reacios a la disciplina paterna. El principio en el que se basó esta institución fue el de "no es bastante costearlos los perversos por la pena si no se los hace honestos por la disciplina" (128) y para ello se valió del trabajo, - el aislamiento, el silencio y la enseñanza religiosa, siendo continuas las penas disciplinarias.

(127) IBID. p. 35.

(128) IBID. p. 34.

pues bien, estos fueron los primeros intentos por hacer de la prisión un centro de corrección, pero la gran mayoría de los establecimientos carcelarios de la época carecía todavía de una finalidad filosófica aceptable.

2.1.3 La Deportación o colonización penal ultramarina

Desde fines del s. XVI, los países Europeos comenzaron a usar una modalidad especial de eliminar a los sujetos socialmente indeseables. Dado que las brutales prácticas represivas características de la edad media habían sido extirpadas, y toda vez que las posibilidades de regenerar al delincuente en esa época eran nulas, se pensó resolver el antiguo problema - de qué hacer con el delincuente de una manera nueva y relativamente fácil de realizar: expulsando al criminal de la sociedad, llevándolo a un lugar lejano desde donde no pudiera volver a perturbar la tranquilidad social.

Tal fue el principio que dió razón de ser a las prácticas penales conocidas como "Transportation" en Francia e Inglaterra y como "Degredo" en Portugal, que tuvieron su mayor auge en - la Europa de los siglos XVIII y XIX.

Concretamente, los fines de la transportación fueron: procurar apartar de la sociedad a los delincuentes y sujetos inde-

seables, a la vez de hacer útiles tierras lejanas e inhóspitas pertenecientes a la metrópoli. (129).

Tuvo su origen legal en 1597 con una ley inglesa que autorizó deportar delincuentes británicos a las tierras americanas, principalmente a Virginia y Maryland. (130)

En realidad ésta fue una falsa salida que las autoridades británicas pretendieron dar al problema delincencial, y que inundó de criminales a los E.E.U.U. Esta política tuvo su fin forzoso con la independencia de las colonias americanas en 1776.

Posteriormente, en 1787, Inglaterra deportó de nueva cuenta a sus delincuentes: esta vez hacia las recién descubiertas tierras de Australia.

Francia, por su parte, adoptó el sistema de deportación en 1791 cuando se dispuso que todos los autores de determinados delitos fueran enviados a Madagascar. (131)

(129) CFR. Seeling, Ernest. Tratado de criminología. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. p. 451.

(130) CFR. Newman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 26.

(131) CFR. Newman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 31.

Aunque este proyecto no llegó a realizarse, en 1804 se legalizó la transportación a la Guinea Francesa y posteriormente a la Guayana. La finalidad de esta medida era múltiple: procurar la expiación del criminal, su moralización, enmienda y la conservación de la sociedad. (132)

En realidad, la práctica de la deportación penal resultó un fracaso porque no pudo cumplir con ninguno de sus objetivos a excepción hecha del de expiación.

Los deportados eran sometidos a rigurosas jornadas de trabajo forzado con deficiente alimentación y en pésimas condiciones de higiene. Los resultados eran que el "forzado" prácticamente quedaba condenado a una muerte lenta, dolorosa y llena de penalidades.

Esta medida también fue adoptada por España, Portugal, Rusia e Italia con similares resultados. (133)

2.1.4 La reacción moralizadora

Durante el s. XVIII existía ya una gran cantidad de prisiones en todos los países europeos. Las condiciones generales de -

(132) IBID. pp. 31-32.

(133) IBID. pp. 36 y 55.

estos establecimientos eran por demás dramáticas: los internos se encontraban apiñados sin algún orden ni distinción: jóvenes y adultos, enfermos mentales y demás criminales se ro- zaban en un panorama de vicio y degradación. En muy pocas - prisiones existía separación de sexos. Además, las condicio- nes higiénicas eran desastrosas y la fiebre y la viruela cau- saban la muerte a gran número de reclusos. (134)

Fue esta triste realidad penitenciaria lo que condujo al fi- lántropo John Howard (135) escribir su obra "The State of the Prisons" en la que criticaba las condiciones de la época y - proponfa un trato humano al recluso.

Con su obra, Howard se constituyó en el iniciador de una co- rriente conocida como "Reforma Carcelaria" que pugnó por una pena privativa de libertad dentro de los límites de la digni- dad.

propuso un trato benéfico para el delincuente, basado en el -

(134) Estas condiciones fueron referidas por Howard. VID. Ho- ward, John. The State of the Prisons. Op. Cit.

(135) SUPRA, 1.2.2.4

aislamiento, el trabajo y la instrucción (136). Otro de los males contra el que se enfrentó Howard fue el "Derecho de - Carcelaje" que consistía en un pago que tenía que hacer el - interno por su "hospedaje" y por su comida (137). Posteriormente Jeremías Benthan (1748-1832) publicó su obra "Tratado de la Legislación Civil y Penal" (138), en la que desarrolla nuevas formas arquitectónicas de los establecimientos carcelarios, ya que consideraba que la arquitectura y el gobierno interno constituían los elementos más importantes del penitenciario.

También contribuyeron en esta corriente moralizadora Montesinos y Concepción Arenal.

Manuel Montesinos y Molina (139) fue comandante del presidio correccional de Valencia, España, en 1853, y más tarde, visitador de todos los presidios del reino español.

-
- (136) El aislamiento para evitar la dañina promiscuidad; el trabajo para robustecer el espíritu del hombre y finalmente, una educación con bases religiosas que le diera una formación moral al interno. Véase Newman, - Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. pp. 48-49.
- (137) IDEM.
- (138) Newman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad. Op. Cit. p. 76.
- (139) CFR. Bueno Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 20.

En el establecimiento a su mando organizó un régimen de vida basado en la disciplina, el paternalismo, el trabajo formativo y el sentido de responsabilidad. Expuso sus ideas en varias obras entre las que destaca "Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia" (1846). (140)

Concepción Arenal (1820-1893) (141) fue una mujer de espíritu filantrópico que desarrolló una intensa actividad a favor de los menesterosos y organizó sociedades benéficas y hospitales. Intervino en los temas penales y penitenciarios como parte de su labor de beneficencia. A su juicio, la pena debía ser esencialmente correccional. En materia penitenciaria llegó a ser inspectora General de las prisiones de mujeres en España y fue respetada y admirada por su intervención en numerosos congresos internacionales. Entre sus obras destacan "Las Colonias Penales en Australia", "Cartas a los Delincuentes" y "Estudios Penitenciarios".

2.1.5 El periodo de la readaptación social

Posterior a la idea de la simple y llana moralización carcelaria surgió otro movimiento cuyos fines significan un gran

(140) IDEM.

(141) IBID. p. 21. Para mayor profundidad véase "Inspiradores de Doña Concepción Arenal". Revista de Estudios Penitenciarios. Año XXIX. Enero-Diciembre 1973. Ministerio de Justicia. Escuela de Estudios Penitenciarios Madrid, 1973. pp. 180 y ss.

avance y es el comienzo de un nuevo camino en penología: el período de la readaptación social.

Anteriormente la prisión había tenido como característica el hecho de ser un instrumento del que la sociedad se valiera para aislar al delincuente y abandonarlo a su suerte futura.

Al respecto comenta Rufz Funes: "Sólo se le conserva a éste su existencia física, se le aloja, se le viste, se le alimenta; su vida intelectual y moral quedan totalmente desdenadas". (142)

Sin embargo, la nueva dirección otorgó a la prisión un fin concreto, diverso del simple aislamiento social y el consiguiente sufrimiento irracional del detenido: pretendió lograr la readaptación social del delincuente basándose en el empleo de métodos que constituyeran un tratamiento penitenciario eficaz.

Esta postura, que tiende a hacer del delincuente un sujeto útil y apto para volver sin peligro a la vida en libertad,

(142) Rufz Funes, Mariano. La Crisis de la Prisión. Editorial Jesús Montero, La Habana, 1949. p. 109. Es verdaderamente lamentable que gran parte de las prisiones mexicanas, conserven en la actualidad estos mismos principios.

constituye un enorme avance en el camino hacia una sociedad más justa, tanto desde el punto de vista del sujeto que ha delinquido (al que si bien debe imponérsele un castigo - (143), debe también brindársele la oportunidad de reparar el daño causado, de reintegrarse a la sociedad cuando haya sido adecuadamente tratado para su readaptación) como desde el punto de vista del grupo social (el que debe tener la seguridad de que a los sujetos que han cometido ilícitos les serán impuestas las medidas necesarias para que cuando recuperen su completa libertad no vuelvan a atentar contra algún bien jurídicamente protegido).

Pues bien, desde el nacimiento de los primeros regímenes penitenciarios con fines moralizadores, la tendencia (y tal vez la causa de su fracaso) fue el intentar reformar al delincuente a través del sufrimiento.

Las técnicas aplicadas (la celda y el aislamiento) tendían a la expiación básicamente.

(143) Como analizamos en el punto relativo a "Los Fines de la Pena" (1.3.2 de esta tesis profesional), no debe olvidarse que es necesario castigar al que ha cometido una falta, pero ese castigo no debe ser exagerado.

Actualmente, con el avance de ciertas ciencias (la medicina, psiquiatría, sociología, pedagogía) es posible aplicar al -sentenciado tratamientos resocializantes más eficaces, pero opino que estos deben desarrollarse en establecimientos con características esencialmente diversas a las de la prisión, porque ésta, en el mejor de los casos, bajo un medio sin -promiscuidad ni ocios dañinos, despersonaliza al que sufre su condena y hace difícil que se eduque para la libertad por ser un medio de agresión y tensiones agobiantes.

Además es de importancia capital que los métodos que se apliquen a cada uno de los sujetos sea individualizado y de acuerdo a un previo estudio de personalidad (144).

-
- (144) O'Connor comenta que en los numerosos estudios que ha realizado en cárceles de diversas partes del mundo, - se ha encontrado con que las medidas aplicadas son básicamente las mismas, como si el criminal fuese un tipo único que requiriese también un tratamiento único. Véase O'Connor, Juan José, citado en Newman Elías, - Evolución de la Pena. Op. Cit. p. 98. En medicina, - Claude Bernard expresó hace cien años un concepto que podemos aplicar válidamente en el problema de la re - adaptación social: "No hay enfermedades, sino enfer - mos". véase Fuente Muñiz, Ramón de la. Psicología Médica. Fondo de Cultura Económica. México, 1975. p. 11. En este sentido debemos entender que la enfermedad, - como la conducta criminal, no son generadas por una razón única por lo que el tratamiento impuesto debe ser absolutamente individualizado.

2.1.6 Los Regímenes Penitenciarios

2.1.6.1 Distinción entre Sistema, Régimen y Tratamiento Penitenciario

Teóricamente se han entablado discusiones en torno de el significado y diferencias de cada uno de los términos mencionados. Beeche Luján (145) y Cuello Calón (146) consideran que los términos "sistema" y "régimen" penitenciario son sinónimos.

García Basalo (147) y Elfás Newman (148) sostienen lo contrario. Opinan que Sistema Penitenciario es "La Organización - creada por el Estado para la ejecución de las sanciones penales (penas o medidas de seguridad) que importan privación o - restricción de la libertad individual como condición sine qua

-
- (145) Beeche Luján señala que: "Sinónimo de Régimen penitenciario es el término "sistema penitenciario", pero en sentido más restringido es el concepto "tratamiento penitenciario". Beeche Luján, Héctor citado en Newman, - Elfás. Evolución. Op. Cit. p. 113.
- (146) Cuello Calón considera que no es de mayor trascendencia hacer una distinción al respecto. Véase Cuello Calón, E. La Moderna Penología Op. Cit. p. 266.
- (147) García Basalo J. Carlos. Citado en Newman E. Evolución. Op. Cit. pp. 114-115.
- (148) CFR. Newman Elfás. Evolución de la Pena Privativa de Libertad. Op. Cit. pp. 114-115.

non para su efectividad" (149). Entienden que la diferencia entre "sistema" y "régimen" es la del género (sistema) a la especie (régimen). Definen el "régimen penitenciario" como "El conjunto de condiciones e influencias que se reúnen en una institución para procurar la obtención de la finalidad particular que le asigne a la sanción penal con relación a una serie de delincuentes criminológicamente integrada" - (150). Entre estas condiciones mencionan a la arquitectura penitenciaria, el tipo de personal, de vida, organización y actividades que se realicen en el establecimiento.

Personalmente me adhiero a esta opinión porque me parece más exacta en razón a que ofrece mayor fijeza conceptual.

García Bésalo y Newman, por otra parte, definen el tratamiento penitenciario como "la aplicación intencionada a cada caso particular de aquellas influencias peculiares específicas reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores relevantes de la inadaptación social del delincuente". (151)

(149) IDEM.

(150) IDEM.

(151) IDEM.

2.1.6.2 El régimen celular, pensilvánico o filadélfico

El aislamiento celular tuvo sus primeros antecedentes en el derecho canónico, donde se introdujo la reclusión como método moralizador.

Se les aplicó a los monjes y constituía un medio para lograr el arrepentimiento por el pecado cometido. La soledad en la celda, que permitía únicamente la meditación, iba unida a - otras privaciones como el ayuno.

Esta idea nacida en los monasterios se introdujo posteriormente a las instituciones oficiales. Se aplicó en Amsterdam en 1596, en Roma en 1703 y en Austria en 1709 (152).

En los Estados Unidos de América, William Penn (153) y una comunidad cuáquera fundaron una colonia que después sería el

-
- (152) Otro antecedente importante constituye el "Panopticon", de Jeremías Bentham. Este era un proyecto de prisión - en forma de anillo que se componía de celdas abiertas hacia el interior y cerradas por una reja. En el centro había una torre desde la cual el vigilante dominaba todo el establecimiento. Aunque el modelo original del panopticon nunca se edificó, sirvió de inspiración para la posterior construcción de otros establecimientos. Véase Bueno Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 20.
- (153) CFR. Bueno Arus, F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios, Op. Cit. p. 22 y Newman E. Prisión - Abierta. Op. Cit. p. 88.

Estado de Pennsylvania. Con el tiempo cambió el Código Penal que castigaba casi todos los delitos con la muerte y se impusieron los azotes, la prisión y los trabajos públicos, quedando la pena capital únicamente para los casos de homicidio calificado.

Dado que los trabajos forzados, la prisión y los azotes eran penas sumamente duras, se integró una comisión integrada por cuáqueros que suavizaron la condición de los sentenciados.

En 1776 se construyó la "Malmut Street Jail" (154) que contaba con celdas individuales para los delincuentes peligrosos.

En 1818 se inauguró la Penitenciaría Occidental de Pennsylvania (155) en la que se empleó el aislamiento continuo y absoluto, además de la prohibición de trabajar y el silencio obligatorio con el aislamiento que buscaba la corrección moral del interno y su reconciliación con Dios (156).

(154) CFR. Bueno Arus F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 22.

(155) IDEM.

(156) Autores como Alfredo Issa Assaly y Américo de Araujo opinan que más bien se procuraba mantener el orden en el establecimiento. Véase Newman E. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 91.

En 1829 se construyó la prisión oriental de Pennsylvania o Prisión de Cherry Hill (157) en la que se mantuvo el absoluto aislamiento celular pero se permitió el trabajo y la lectura de la biblia dentro de la celda.

El régimen celular ha sido criticado principalmente, por el daño físico y psicológico que causa al interno la constante soledad que es antinatural al hombre, así como por el nulo efecto formativo sobre el reo. Estos fueron los argumentos en que Ferri (158) se apoyó para designar a este régimen - "aberración del s. XIX" y para que después fuera rechazado en el Congreso Internacional de Praga en 1930.

2.1.6.3 El Régimen de Auburn o Auburniano

En 1818 se terminó la construcción de la prisión de Auburn en el Estado de Nueva York. Se designó como director del establecimiento a Elam Lynds quien impulsó con el tiempo un nuevo régimen que sustituyó al Pensilvanico que se había aplicado inicialmente.

-
- (157) CFR. Bueno Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 23.
- (158) Enrico Ferri pronunció en 1885 una conferencia en la que atacó fuertemente el régimen celular. En realidad la obligada falta de movimiento y el aire viciado de la celda facilitan el contraer enfermedades, siendo la tuberculosis una de las más comunes. Por otra parte, el aislamiento celular por largos períodos desajusta mentalmente al recluso, provocándole la llamada "psicosis de prisión". Véase Cuello Calón. La Moderna Penología Op. Cit. p. 317.

Este nuevo régimen tuvo como características el aislamiento celular nocturno (para permitir el descanso e impedir la contaminación entre los reos) (159), el trabajo en común durante el día y el silencio absoluto. Además cualquier falta de disciplina era castigada con fuertes penas corporales.

Aunque es menos dañino que el pensilvánico, se le critica la regla del silencio absoluto por ser esta una norma contraria a la naturaleza humana, y por tanto degenerativa. Además el estricto control disciplinario a base de castigos corporales constituye, a mi parecer, una medida negativa e inútil, ya que de ninguna manera corrige y en cambio provoca en el recluso resentimientos, desviándolo algunas veces hacia comportamientos masoquistas.

2.1.6.4 Regímenes Progresivos

2.1.6.4.1 El Régimen de Maconochie o "Mark System"

Tuvo sus primeras bases en los métodos impuestos experimen-

-
- (159) La vida en común durante el día y el aislamiento celular nocturno significó un enorme avance. Una práctica contraria, como tener a hombres encerrados juntos en dormitorios comunes durante la noche es uno de los peores males por la contaminación física y moral que puede provocar. Sin embargo, aun cuando las críticas a esta práctica se han sucedido una a otra, en la actualidad todavía se incurre con dramática frecuencia en este error. Véase Seeling, Ernesto. Tratado de Criminología. Op. Cit. pp. 452-453.

talmente por Alexander Maconochie (160) en la prisión de Norfolk Island, Australia.

Este régimen, que se aplicó en Inglaterra, se dividía en tres distintas etapas por las que pasaba el reo hasta su final liberación, a saber:

- a) Aislamiento celular diurno y nocturno por un lapso de nueve meses para que el penado reflexionara sobre su delito.
- b) Trabajo en común bajo la regla del silencio obligatorio. Este período se componía de cuatro fases por las que el penado necesariamente debía pasar. Su tránsito a través de ellas lo hacía según el número de puntos que acumulara con su buen comportamiento.
- c) La cuarta fase del punto anterior consistía en la libertad condicional con ciertas restricciones. Si el sujeto mantenía un comportamiento satisfactorio, le era concedida la libertad definitiva.

2.1.6.4. El Régimen Irlandés o de Crofton

Con algunas modificaciones, el método Maconochie fue intro-

(160) CFR. Bueno Arus, Francisco. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 27. Cuervo Galón, E. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 313. Este autor señala que la experiencia de Maconochie fue en Van Diemen's Land y no en Norfolk Island.

ducido a Irlanda por Sir Walter Crofton, Director de Prisiones en ese País, dándole forma a un nuevo régimen.

Aunque básicamente tiene las mismas peculiaridades que el "Mark Sistem", el régimen de Crofton tiene una particularidad importante: el tercer período se caracteriza porque se lleva a cabo en un establecimiento sin muros ni cerrojos y prácticamente pierde el carácter de prisión. El interno abandona el uniforme, no recibe ningún castigo corporal y puede escoger la actividad que más se ajuste a sus deseos o vocación, la disciplina aquí era moderada por el mismo reo, lo que le permitía recuperar su sentido de responsabilidad y hacía más factible el satisfactorio regreso del delincuente a la sociedad (161).

2.1.6.4.3 El régimen Montesinos

En España, Manuel Montesinos y Molina, comandante del presidio correccional de San Agustín, en Valencia (1834), introdu

(161) Estas posibilidades de elección que se otorgaron al reo son enormemente útiles en el intento de resocializar al delincuente, particularmente en el campo del trabajo, que no debe ser una actividad forzada e insípida; por el contrario, debe ser un instrumento de educación en el que se participe con interés por el resultado y con placer en el proceso laboral. Esto se obtiene, señala Seeling, si el reo se dedica a una actividad que corresponda a sus capacidades, que mantenga su capacidad de trabajo e incluso la aumente y que le reporte un beneficio económico. Véase Seeling, Ernesto. Tratado de Criminología. Op. Cit., pp. 453-454. Desgraciadamente estas circunstancias resultan muy lejanas a la práctica penitenciaria que actualmente se sufre en nuestro país.

jo un nuevo régimen dirigido hacia el tratamiento del delincuente, para la prevención de reincidencia (162).

La esencia de este régimen era el dar beneficios o alicientes al reo, que debía ganárselos a través de disciplina y trabajo. Este régimen se componía de tres etapas:

a) De los hierros.- Al ingresar un penado en el establecimiento, Montesinos le hacía colocar pesadas cadenas y se le recluía en una celda. El reo tenía opción de solicitar que se le empleara en las tareas de limpieza, las que debía realizar desplazándose penosamente con sus cadenas. Si su desempeño era satisfactorio, se le otorgaba la posibilidad de solicitar trabajo productivo en la actividad que más le gustara.

b) Período de Trabajo.- Cuando el penado debía trabajar, escogía entre 40 talleres diferentes la actividad más adecuada a sus aptitudes. El que trabajaba percibía un salario.

c) Período de Libertad Intermedia.- A los penados que más merecían su confianza, Montesinos les permitía salir del establecimiento para trabajar en el exterior o bien para hacer

(162) Bueno Arus, F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 32.

jo un nuevo régimen dirigido hacia el tratamiento del delincuente, para la prevención de reincidencia (162).

La esencia de este régimen era el dar beneficios o alientos al reo, que debía ganárselos a través de disciplina y trabajo. Este régimen se componía de tres etapas:

a) De los hierros.- Al ingresar un penado en el establecimiento, Montesinos le hacía colocar pesadas cadenas y se le recluía en una celda. El reo tenía opción de solicitar que se le empleara en las tareas de limpieza, las que debía realizar desplazándose penosamente con sus cadenas. Si su desempeño era satisfactorio, se le otorgaba la posibilidad de solicitar trabajo productivo en la actividad que más le gustara.

b) Periodo de Trabajo.- Cuando el penado debía trabajar, escogía entre 40 talleres diferentes la actividad más adecuada a sus aptitudes. El que trabajaba percibía un salario.

c) Periodo de Libertad Intermedia.- A los penados que más merecían su confianza, Montesinos les permitía salir del establecimiento para trabajar en el exterior o bien para hacer

(162) Bueno Arus, F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 32.

recados o realizar gestiones sin vigilancia alguna. Era tal la autoridad que Montesinos ejercía sobre los internos que, según cuenta en sus escritos, ningún recluso le falló y todos volvían por su propia iniciativa (163).

Entre otras ventajas adicionales de este régimen podemos mencionar una alimentación adecuada y una asistencia médica eficaz. La libertad definitiva la obtenía el penado después de un buen desempeño en libertad intermedia y siempre y cuando contara con un lugar honorable para trabajar.

2.1.6.4.4 El régimen reformatorio

A través del régimen reformatorio se perseguía "reformular a los que sean reformables" (164) mediante el tratamiento psíquico, físico, cultural, técnico y religioso que actúe sobre la personalidad y la transforme, haciéndole adquirir hábitos de buen comportamiento.

Tuvo su origen en los Estados Unidos en el último cuarto del s. XIX, fue resultado de la iniciativa de Minits (165) y ex -

(163) Bueno Arus, F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 32.

(164) IBID. p. 111.

(165) Bueno Arus, F. Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios. Op. Cit. p. 33.

puesto en el Congreso de Cincinnati de 1871; se dividía en tres etapas:

- a) Penal, que se desarrollaba en un establecimiento de su género y en el que los internos podían mejorar a través de un sistema de puntos obtenidos por buena conducta y disciplina.
- b) De prueba.- Esta se materializaba en la libertad bajo vigilancia. También tenía premios para el que seguía un buen comportamiento.
- c) Libertad.- Se le otorgaba al recluso cuando se consideraba que estaba suficientemente preparado para seguir un comportamiento aceptable sin necesidad de vigilancia.

Con base en estos principios se fundó el reformatorio de Elmira (1876) bajo la dirección de Brockway (166) para penados comprendidos entre 16 y 30 años. Sus características eran las siguientes:

- 1) Se aplicaba sentencia indeterminada; la liberación dependía del comportamiento del reo.

(166) Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 111.

- 2) Los reclusos eran clasificados en 3 categorías pudiendo pasar de una a otra por buena conducta.
- 3) El tratamiento era humanitario y no degradante de la personalidad del reo.
- 4) Se aplicaban como instrumentos de la reforma la libertad religiosa, la educación física, artística y moral y el esparcimiento sano para llenar el tiempo de ocio.
- 5) Del establecimiento los penados pasaban a una situación de libertad bajo vigilancia en la que se pretendía evaluar si el tratamiento había sido eficaz.

2.1.6.4.5 El régimen Borstal

Otro régimen con características de progresivo fue el inspirado por Evelyn Ruggles Brise (167) en el año de 1901.

En un principio se aplicó experimentalmente en un ala de una antigua prisión situada en el municipio de Borstal, cerca de Londres. Dado el éxito obtenido y en base a la Ley de Prevención del Crimen de 1908, se amplió la aplicación del régimen y se destinó a los delincuentes jóvenes que previamente habían sido calificados de "reformables".

(167) CFR. Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. pp. - 115 y ss.

Se componía por diversos grados que el recluso iba recorriendo en función de su buena conducta. Dichos grados eran:

- a) Grado ordinario.- Duraba alrededor de tres meses, en los que no se permitía la conversación. En esta etapa se observaba y clasificaba al interno, quien trabajaba de día y recibía instrucción por la noche.
- b) Grado intermedio.- Se permitía a los internos ciertos juegos los días sábados. Después de 3 meses se les instruía a nivel profesional.
- c) Grado probatorio.- Para llegar a este período era necesaria la sanción del Consejo Borstal; se les permitía leer el diario, recibir correspondencia y jugar en el campo exterior.
- d) Grado especial.- Equivale a la libertad condicional y reporta muchos beneficios como el trabajo sin vigilancia directa, la intervención en equipos deportivos y la posibilidad de recibir visitas.

2.1.6.4.6 Comentarios sobre los regímenes progresivos

Los regímenes progresivos, que tratan de influir positivamente en el reo a través de un paulatino mejoramiento de su si-

tuación, acercándolo poco a poco a la vida en libertad, reportaron, sin duda, enormes ventajas en relación con los empleados hasta entonces.

La mayoría de los países han adoptado regímenes progresivos especiales, a veces con ciertas variantes en relación a los expuestos, pero con los mismos mecanismos básicos.

Actualmente, sin embargo, países como Suecia, Bélgica, República Federal de Alemania e Inglaterra han abandonado su práctica en un intento por conseguir mejores resultados con nuevos mecanismos, debido a que el régimen progresivo no ha respondido a las grandes esperanzas que se le habían puesto (168).

(168) En general no ha resultado una medida de alto grado de efectividad (aunque en algunos casos se han logrado efectos correccionales). En lo relativo a las penas cortas de prisión, su aplicación queda descartada, y en cuanto a penas de larga duración no logran grandes efectos correctivos principalmente porque se parte de una base irreal: el "buen comportamiento" en prisión no es de ninguna manera síntoma de resocialización, sino sólo demuestra la capacidad de adaptarse a la vida en el establecimiento (lo que con frecuencia logran con más facilidad los delincuentes rutinarios). Por ello algunos autores recomiendan aplicar el régimen progresivo solamente con determinadas clases de delincuentes, como los vagos. Véase Seeling, - Ernesto. Tratado de Criminología. Op. Cit. pp. 459-460.

2.1.6.5 El régimen "All'aperto"

Este régimen, con la simple mención de su nombre (all'aperto, o al aire libre), da la idea de rompimiento con la concepción de la prisión murada clásica.

Generalmente se ha designado como su primer antecedente legislativo al Código Penal de Italia de 1898, que procuró el trato moralizador de ciertos delincuentes; entre los antecedentes prácticos más importantes se deben mencionar los establecimientos de Alemania (desde 1880), Dinamarca (desde 1899) y Suiza (desde 1891) (169)

En el régimen de prisión abierta se destinó al trato resocializador de cierto tipo de delincuentes (170) a los que se empleó en el trabajo agrícola (171) o en obras y servi -

-
- (169) En realidad, desde 1852 se había hecho los primeros ensayos en Francia con establecimientos al aire libre, después de ciertas consultas que el Ministro de Interior hizo a la Academia de Medicina sobre el mejor régimen físico y moral que convenía aplicar en las prisiones. Véase Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 121.
- (170) Después de la 2a. Guerra Mundial se sujetó a este régimen a gran número de presos políticos; como los resultados fueron positivos y las fugas muy pocas, paulatinamente se aplicó con delincuentes del orden común. Véase Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. pp. 143 y ss.
- (171) El trabajo agrícola debe entenderse en sentido amplio e incluye cultivo y explotación de campos, mejora - miento de la tierra y el terreno, riego, reforestación, etc. También se incluyen las industrias pecuarias, como cría de ganado de todo tipo.

cios públicos. Los beneficios obtenidos pueden clasificarse en tres aspectos:

a) Penitenciario.- Se considera que el trabajo al aire libre facilita la individualización del tratamiento, ayuda a la disciplina y mejora la conducta del recluso, procurando su enmienda (172).

b) Sanitario.- Se estima que el trabajo al aire libre beneficia la salud y relaja las tensiones físicas y morales, facilitando la renovación física y psíquica del hombre.

c) Económico.- El problema del reo, entendido como parásito improductivo, desaparece en este régimen, porque la actividad diaria en el campo o en obras y servicios públicos puede resultar altamente productivo.

La aplicación práctica de este régimen resulta muy halagadora si se tiene en cuenta que permite el reencuentro del reo con un trabajo racional, con salarios lo más semejantes posible a los del trabajador libre, haciendo realidad el apo-

(172) VID. Newman, Elías. Prisión Abierta. p. 124.

yo económico a la familia (173) y la recreación e intervención que su condición humana merece.

Es muy importante insistir, sin embargo, en que el tratamiento en este régimen sólo es posible con delincuentes cuya personalidad previamente clasificada lo permita, ya que debe desarrollarse en un establecimiento de mediana seguridad y continuamente el interno debe regirse por el mandato de su propia responsabilidad.

2.1.6.5.1 Inconvenientes del régimen "All'aperto"

Las críticas al sistema "All'aperto" se han dirigido básicamente hacia dos puntos:

a) La evasión.- Continuamente se ha atacado el régimen de prisión abierta porque se le acusa de facilitar la evasión de elementos antisociales. Sin embargo, y contrariamente a lo que pudiera pensarse, las evasiones son mínimas en relación con la cantidad de reclusos que permanecen en el esta -

(173) Lo que resulta especialmente significativo si se piensa en el enorme número de familias que en la actualidad quedan abandonadas a su suerte con la encarcelación del jefe de la familia, particularmente en una sociedad como la mexicana.

blecimiento (174).

En algunos casos de prisiones abiertas recién instaladas el índice de evasión ha resultado relativamente elevado debido a la improvisación y a la ineficaz selección, principalmente (175). Sin embargo, al paso del tiempo y con la normalización de actividades, las evasiones se han disminuído al mínimo.

En general es sorprendente la voluntaria permanencia de los presos en este tipo de establecimientos, y sobre todo el hecho de que en ninguna parte del mundo se han producido evasiones o motines en masa (176).

b) Lo relativo a la disminución de la función intimidatoria de la penalidad.

Entre otros, el Profesor Salmidida de la Universidad de Helsinki condena el régimen abierto desde el punto de vista de

(174) Para citar algunos casos diremos que en Suecia y Bélgica el índice de evasiones fue mínimo en 1946. En Inglaterra solamente se registró una evasión en un período de 10 años, en un campo agrícola. En la prisión de Leyhill solamente hubo dos evasiones del 10 de enero de 1950 al 30 de diciembre de 1951. Véase Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 249.

(175) CFR. Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 249.

(176) IDEM.

las teorías retribucionalistas, y expresa: "no realiza una función punitiva . El público sentimiento reclama que el que ha obrado mal sufra un mal y pague de ese modo su delito"(177). Además añade que "cuanto mayor es el desyo de - la concepción retributiva, más desesperanzadora es la lucha contra el delito . El crimen, especialmente el crimen juvenil, ha aumentado, el ejemplo retributivo del castigo es el que da a éste fuerza preventiva e intimidatoria"(178).

Sin embargo hay otros autores nórdicos que sostienen lo contrario: Thuren afirma que en Suecia se había expresado el temor, antes de que entrara en vigor la Ley de Prisiones de 1945 que amplió considerablemente la aplicación del régimen abierto, de que la humanización del tratamiento se opusiera a la función preventiva general de la pena. Sin embargo, - estos temores no fueron convalidados por la realidad, ya - que el índice de delincuencia ha disminuido (179).

Por otra parte, H.H. Brydensholt, al hacer públicas en 1980 sus experiencias como Director General de la Administración de Prisión y del régimen de libertad a prueba en Dinamarca, ha dejado claro que la dulcificación de la Ley Penal no ha

(177) Cuello Calón. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 353.

(178) IDEM.

(179) Newman, Elfas. Presión Abierta. Op. Cit. p. 253.

contribuido al aumento de criminalidad. Por el contrario, a pesar del rápido aumento en la actividad criminal durante la década de los 60's; a partir de las reformas legales de 1973, que han atemperado el rigor penal, se ha logrado detener exitosamente dicho incremento (180).

Estas dos opiniones basadas en experiencias prácticas deben demostrar que no es el temor a la pena un factor absolutamente determinante en la prevención delincinencial.

Basileu García declaró recientemente, tras afirmar que ha sido partidario de la teoría retribucionista, que la experiencia lo conducía a reprobar la pena-castigo (181).

-
- (180) CFR. Brydensholt, H.H. "Crime Policy in Denmark" - Crime and Delinquency. A Publication of the National Council on Crime and Delinquency. Volume 26, number one, January 1980. New Jersey, U.S.A. pp. 35-41.
- (181) En una reunión de las jornadas penales en Buenos Aires, en la que se hallaban presentes Paul Cornil, - Marc Ancel y Nelson Hungria, todos ellos partidarios de los nuevos regímenes de readaptación social, Basileu García manifestó: "Basta de castigo, basta de penas, tenemos que resocializar; más aún, que rehumanizar al delincuente. No más cerrojos, no más murallas; no podemos pretender preparar al reo retirándolo de la vida libre. La pena-castigo debe ser reemplazada por medidas de reeducación. No continuemos en un camino sin salida y procuremos encontrar las medidas - que hagan del delincuente un hombre útil a la sociedad". Newman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. p. - 255.

Por otra parte, la experiencia ha demostrado que el castigo más desmedido y brutal no ha podido detener la delincuencia.

El rigorismo penal debiera reemplazarse por sistemas de tratamiento resocializador con base en la individualización de la sentencia.

Por último, Elfas Newman (182) intenta conducirnos a la reflexión al formularse las siguientes preguntas:

- 1) Los efectos respecto de la reeducación social de los internos (en la prisión abierta) ¿son más benéficos de los que podrían obtenerse en la prisión cerrada?
- 2) Con el tratamiento. ¿Se corre menos peligro que con cualquiera de los regímenes intentados hasta la fecha de formar la personalidad, quebrantando la mente y el espíritu como forzosamente ocurre en el automatismo y las presiones de la prisión clásica?
- 3) ¿Es más probable que los reclusos salgan de la prisión abierta mejor de lo que ingresaron, que en una prisión común?

(182) Newman, Elfas. Prisión Abierta. Op. Cit. p. 258.

Debo señalar, sin embargo, que considero que la prisión cerrada debe subsistir, pero solamente para casos de sujetos de peligrosidad extrema cuya libertad redundaría en continuos daños a la sociedad.

2.2 CONCEPTOS GENERALES EN TORNO DE LA PRISION

A través de su historia, la lícita detención física de una persona por el poder público, básicamente se ha traducido en la existencia de dos tipos de prisión:

- a) Prisión Preventiva, mientras se instruye proceso al detenido.
- b) Prisión como medida impuesta con base en la sentencia correspondiente.

2.2.1 Los fines de la pena privativa de libertad

Dado que la prisión desarrolla dos funciones esencialmente distintas (preventiva y sancionadora), los fines de cada una de ellas son también diversos.

- a) Prisión Preventiva.-

La existencia de la prisión con carácter preventivo ha sido,

por su naturaleza, objeto de ataques muy serios.

Carrara (183) opinaba que es una grave injusticia encarcelar al procesado antes de que le sea dictada sentencia definitiva en la que se le encuentre culpable de un hecho ilícito; - además señaló como motivos fundamentales de su crítica el hecho de que afecta a la economía carcelaria y arruina moralmente al hombre honrado por la vida promiscua en prisión, - hasta conducirlo al desprecio por las leyes y la sociedad.

De cualquier manera, se la sostiene señalándola como una necesidad para mantener la presencia del procesado en el juicio, facilitando así el esclarecimiento de la verdad y previniendo para asegurar el cumplimiento de la pena. Así mismo, se intenta impedir que el imputado, en caso de encontrarse en libertad, dificulte o haga imposible la investigación borrando o desfigurando datos o circunstancias del delito, sobornando o intimidando testigos, ocultando o cambiando cosas, etc. (184).

(183) Carrara, Francisco, *Opuscoli Di Delitto Criminale*. - Vol. IV, Lucca 1874. pp. 297 y ss. Citado en Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXIII, p. 172.

(184) VID. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXIII, p. 173.

por su naturaleza, objeto de ataques muy serios.

Carrara (183) opinaba que es una grave injusticia encarcelar al procesado antes de que le sea dictada sentencia definitiva en la que se le encuentre culpable de un hecho ilícito; - además señaló como motivos fundamentales de su crítica el hecho de que afecta a la economía carcelaria y arruina moralmente al hombre honrado por la vida promiscua en prisión, - hasta conducirlo al desprecio por las leyes y la sociedad.

De cualquier manera, se la sostiene señalándola como una necesidad para mantener la presencia del procesado en el juicio, facilitando así el esclarecimiento de la verdad y previniendo para asegurar el cumplimiento de la pena. Así mismo, se intenta impedir que el imputado, en caso de encontrarse en libertad, dificulte o haga imposible la investigación borbando o desfigurando datos o circunstancias del delito, sobornando o intimidando testigos, ocultando o cambiando cosas, etc. (184).

(183) Carrara, Francisco, *Opuscoli Di Delitto Criminale*. - Vol. IV, Lucca 1874. pp. 297 y ss. Citado en Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXIII, p. 172.

(184) VID. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXIII, p. 173.

La prisión preventiva resuelve el conflicto entre el interés social e individual sacrificando este último; sin embargo, - aun cuando es conveniente asegurar al presunto responsable - mientras se ventila su caso, considero que esta medida debe imponerse solamente cuando existan bases fundadas para suponer que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia o realizar alguna de las conductas que se intenta prevenir; de no existir estos indicios considero que su aplicación constituye un abuso porque de hecho se convierte en una sanción que afecta al procesado en su fama pública, en su equilibrio económico y moral, y, lo más importante, se le priva de su libertad sin que se haya acreditado su responsabilidad penal.

Concientes del enorme agravio que continuamente se impone con esta medida, muchos autores han intentado disminuir su aplicación y, en casos extremos, se ha llegado a postular su abolición (185).

Lo fundamental, creo yo, debe ser intentar encontrar el término intermedio entre los derechos de la sociedad y las garantías individuales. La solución posiblemente sea el no -

(185) El autor italiano Mario Sala, alarmado por los lesivos efectos de numerosos casos en que, después de meses (o años), el proceso penal finalizaba con la comprobación de la inocencia del procesado, llegó a proponer la abolición de esa medida. Véase Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXVIII, p. 173.

decretar prisión preventiva ciega y automáticamente en todos los casos, sino restringirla para cuando haya temor fundado de que el sujeto pueda aprovechar su libertad para obrar ilícitamente.

Conviene citar algunos casos de ordenamientos legales que han adoptado esta posición:

El Código alemán (186) señala prisión preventiva sólo para causas graves y para casos en los que se sospeche fuga, no se tenga domicilio conocido, o haya posibilidad de destruir los rastros o inducir a testigos a declarar falsamente.

Otras legislaciones han adoptado las siguientes medidas: obligación de fijar domicilio, no ausentarse de él por más de 24 horas sin autorización judicial, concurrir a todas las diligencias legales a las que sea solicitado. También se ha adoptado el arresto domiciliario o la prohibición de presentarse a determinado lugar (187).

(186) CFR. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXVIII, p. 173.

(187) IBID. pp. 173-174. Así también, González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977. p. 116.

En Derecho Mexicano, el fundamento constitucional de la existencia de la prisión preventiva se encuentra contenido en el artículo 18, de la Carta Magna (188).

El espíritu que inspira su existencia obedece, según González Bustamante (189), a la necesidad de asegurar el desarrollo normal del procedimiento en beneficio de la colectividad, asegurando los medios para facilitar el conocimiento de la verdad e impidiendo que sean ocultados los objetos e instrumentos que sirvieron para perpetrar el delito. Asimismo, el mencionado autor considera necesaria la detención del presunto responsable "porque no podría seguirse el proceso a sus espaldas sin que tuviese conocimiento por las pruebas existentes en su contra para poder estar en condiciones de defenderse". (190)

Sin embargo, soy de la opinión de que la prisión preventiva realiza con eficacia sólo una tarea; mantiene al presunto -

(188) El párrafo primero del citado precepto Constitucional a la letra reza: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinase para la extinción de las penas y estarán completamente separados". Ver Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Talleres del Complejo Editorial Mexicano - S.A. de C.V. México, 1971. pp. 30-31.

(189) CFR. González Bustamante, Juan José. Op. Cit. p. 109.

(190) González Bustamante, Juan José. Op. Cit. p. 109.

responsable entre cuatro paredes impidiendo que pueda sus -
traerse a la acción de la justicia.

Excepciones y casos especiales.-

La Ley señala un caso de excepción en el que al dictarse au-
to de formal prisión no se priva de la libertad al presunto
responsable (191).

por otro lado, a través de los incidentes de libertad provi-
sional bajo protesta y libertad provisional bajo fianza o -
caución, el procesado puede recuperar su libertad con la -
obligación de presentarse ante el tribunal cada vez que sea
requerido (192).

-
- (191) El Código de Procedimientos Penales para el D.F. seña-
la en su art. 301 que en los casos de delitos a los -
que corresponda pena alternativa no puede restringir-
se la libertad mediante prisión preventiva. Véase Có-
digo de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1977. p. 65.
- (192) El art. 552 del Código de Procedimientos Penales se -
refiere a la libertad protestoria, la que se concede-
rá cuando el acusado tenga domicilio fijo y conocido
en el lugar en que se sigue el proceso, que su resi-
dencia en dicho lugar sea de un año cuando menos, que a
juicio del juez no haya temor de que se fugue, que
proteste presentarse ante el tribunal cada vez que se
le requiera, que no haya delinquido anteriormente y -
que el delito que se le impute tenga un máximo de dos
años de prisión. Por otra parte, el art. 556 del C.P.
P. D.F. se refiere al beneficio de libertad provisio-
nal bajo caución, el que puede ser disfrutado siempre
y cuando la sanción del delito imputado no exceda, en
su término medio aritmético, de cinco años de prisión.

b) Prisión como medida sancionadora.-

Como hemos visto, la prisión como pena apareció (salvedad - hecha de los establecimientos holandeses del S. XVI y demás antecedentes ya comentados) en el S. XVIII, reemplazando diversas penas caracterizadas por su severidad y crueldad.

Aunque fue resultado de una tendencia preocupada por humanizar la pena, la prisión tuvo originalmente un fin retributivo, expiatorio e intimidante.

En la actualidad es enorme el desacuerdo en torno de la finalidad a que debe destinarse la pena privativa de libertad. - Entre las diversas opiniones se ha dicho que debe servir de castigo al delincuente; otros consideran que debe ser un medio para reformarlo; también hay quien señala que mediante la privación de libertad se debe curar al delincuente a base de tratamientos similares a los desarrollados en manicomios.

De cualquier manera, existe una importante corriente que pugna porque el establecimiento penitenciario sea un instrumento social que procure la readaptación del delincuente y prevenga su reincidencia, transformándolo en lo posible, en un sujeto útil a la comunidad.

La Ley mexicana en el párrafo segundo del Art. 18 Constitucional deja bien clara su posición en cuanto a los fines del sistema penal: debe dirigirse hacia la readaptación social del delincuente (193).

Pues bien, como instrumento para satisfacer este mandato, se expidió en 1971 la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (194).

Si bien éste es un ordenamiento cuyo rango de aplicación se limita al D. F., en la exposición de motivos del entonces proyecto de Ley se enfatizó la necesidad de fortalecer la reforma penitenciaria nacional a través de convenios a celebrarse entre el Ejecutivo Federal y los Gobiernos de los Estados, con la intención de modificar la alarmante situación carcelaria del interior de la República (195).

(193) El señalado párrafo segundo reza: "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...". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(194) Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de Mayo de 1971 y entró en vigor 30 días después.

(195) CFR. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Oficina de Publicaciones Didácticas de la Dirección General de Servicios - Coordinados de Prevención y Readaptación Social. México, 1975. p. 5.

Igualmente, el entonces Secretario de Gobernación, Lic. Mario Moya Palencia, expresó en su comparecencia ante la Cámara de Diputados del 21 de enero de 1971 la intención de reemplazar, en base a la Ley de Normas Mínimas, "el conjunto de cárceles que no llenan siquiera las condiciones mínimas de organización que exige este tipo de establecimientos y cuyas deficiencias las convierten en verdaderas escuelas de delincuencia, - en lugares en que se aniquila cualquier posibilidad de educación y readaptación social de los infractores". (196)

Este comentario resulta harto ilustrativo de que paulatinamente las mismas autoridades han tomado conciencia del enorme daño que causan los establecimientos penales. El postulado - institucionalmente aceptado, sin embargo, se limita a reconocer que la realidad penitenciaria acarrea resultados contra - producentes por las enormes deficiencias con que opera en México. Personalmente considero que esta observación, si bien es cierta, no contempla al problema en toda su extensión, ya que la prisionalización es dañina por sí misma, y aun cuando pudieran corregirse sus rasgos más irritantes, subsistirán - siempre ciertos factores que estigmatizan al reo y que dificultan su posterior reingreso a la libertad.

(196) Ver Exposición de Motivos de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Op. Cit. p. 9.

2.3 LA REALIDAD DE LA PRISION

Si bien la institución carcelaria nació con el ánimo eminentemente humanitario de sustituir las penas corporales por un procedimiento de defensa social más racional, significó desde su origen un mecanismo de eliminación del hombre que ha delinquido.

En la actualidad la disgregación a que el presunto responsable de un ilícito penal se ve sujeto desde el momento de su detención, reporta, independientemente de las justificaciones teóricas que se han dado a la encarcelación, consecuencias severas tanto a la humanidad del recluso (en sus campos físico y psíquico) como en terceras personas.

Conviene tener en cuenta, también, que los internos necesariamente recuperan su libertad con mayor o menor celeridad y la sociedad debe tener la garantía de que no lo hacen con mayores tendencias delictivas de las que tuvieron al momento de su detención.

El peligro de que la medida impuesta al delincuente resulte socialmente contraproducente está en relación directa con la naturaleza de la pena privativa de libertad en sí misma y con las características específicas del establecimiento en

el que sea recluso el sujeto en cuestión.

Pues bien, la situación actual de los establecimientos carcelarios en la República Mexicana revela un panorama poco afortunado.

En el año de 1961, el destacado tratadista Piña y Palacios (197) realizó un estudio en torno al estado que guardaban los establecimientos penales en esa época. Los resultados fueron desoladores; entre los datos más significativos podemos citar el hecho de que de los 27 establecimientos sujetos a análisis, 10 de ellos ni siquiera habían sido construidos para realizar funciones de reclusorio, sino que originalmente sirvieron a fines propios de otros tipos de instituciones, como conventos, edificios públicos, monasterios, casas de beneficencia e inclusive residencia particular.

Otros edificios acusaban innumerables deficiencias en razón de que fueron construidos a fines del siglo pasado o principios de éste, sin que posteriormente se les hubieran practicado mejoras considerables.

(197) CFR. Piña y Palacios, Javier. "Situación de las Prisiones en México". Criminalia. Ediciones Botas, México 1961. Año XXVII, No. 4. Abril de 1961. En este estudio se concluye que las condiciones higiénicas y arquitectónicas generales eran impropias para los fines de reclusión. Además, las oportunidades de trabajo y educación eran escasas, en perjuicio de lo dispuesto por el Art. 18 Constitucional.

Por lo que toca al aspecto operativo de los establecimientos, en muchos de ellos se encontraban reclusos tanto procesados como sentenciados, contraviniendo lo dispuesto por el Art. 18 Constitucional. Además es importante hacer notar que la actividad en el interior de numerosas instituciones penales mexicanas estaba regida por instrucciones impuestas unilateralmente por cada director o por el código de comportamiento dictado por el "mayor" (198), ya que en muchos casos no existía reglamento interior o éste se encontraba en desuso.

En cuanto al ambiente de fomento educacional que en teoría debe imperar, es necesario apuntar que la única actividad educativa realizada por periodicidad consistía en clases elementales sobre lectura, escritura, aritmética e historia, en

(198) Jefe reconocido entre los reclusos que impone su autoridad y respeto con la fuerza física o la influencia económica. Normalmente el "mayor" cuenta con un grupo de reclusos que atemorizan al resto y les impone normas de comportamiento. Comúnmente su influencia es también reconocida por el personal de vigilancia del penal.

el mejor de los casos, siendo en muchos otros prácticas semi-informales de alfabetización (199).

El maestro Don Luis Garrido (200) consideró en 1967 que, independientemente de los vicios ya comentados, el problema más grande de las penitenciarías mexicanas radicaba en la promiscuidad, que a causa de las deficiencias arquitectónicas y de organización, fomentaba la corrupción entre los internos. Al respecto opinó: "La sociedad no debe, por medio de la pena de prisión, hundir al delincuente en mayores penumbras morales, haciéndolo convivir, como sucede en nuestras prisiones, con sujetos más depravados y peligrosos que él". (201).

El maestro Quiroz Cuarón apuntó que "En más de medio siglo de evidentes progresos sociales y económicos del país, sigue siendo una dolorosa realidad la de nuestras cárceles, en las

(199) En las prisiones de la provincia mexicana la educación impartida era extremadamente deficiente, y en algunos casos no existía ningún curso educativo; el término medio está al nivel de clases para analfabetas - en pasillos o algún otro sitio improvisado. CFR. Piña y Palacios, Javier "La Situación de las Prisiones en México. Op. Cit.

(200) CFR. Carrancá y Rivas, Luis. "La Desorganización Penitenciaria en México". Criminalia. Año XXXIII, No. 3. México, 1967. p. 114.

(201) Garrido, Luis. Citado en Carrancá y Rivas, Luis. "La Desorganización Penitenciaria en México". Op. Cit. p. 114.

que el tiempo se paralizó" (202), refiriéndose a las enormes deficiencias arquitectónicas, de organización, e inclusive - alimenticias, que guardaba la mayoría de las prisiones, desti- - ñándose cantidades raquíticas que apenas son suficientes - para proporcionar a cada interno una dieta de hambre con - unas cuantas calorías.

Por lo que se refiere al aspecto laboral organizado en los - establecimientos penales mexicanos, hasta antes de la década de los '70s, los datos revelan la ausencia de tan importante factor de resocialización. El Maestro Piña y Palacios declaró: "Por lo que toca al trabajo como medio de regeneración del delincuente, yo diría que hasta hoy eso es una utopía..." (203)

Las condiciones en que operaban las prisiones mexicanas eran, como vemos, realmente dramáticas.

(202) Quiroz Cuarón, Alfonso, citado en Carrancá y Rivas, Luis. "La Desorganización Penitenciaria en México". Op. Cit. p. 116.

(203) Piña y Palacios, Javier, citado en Carrancá y Rivas, Luis. "La Desorganización Penitenciaria en México". Op. Cit. p. 118. Desafortunadamente estas deficien- - cías laborales, así como las arquitectónicas, higiení- - cas, educativas y de organización general, subsisten - todavía en la mayor parte de las prisiones mexicanas en pleno 1981. Baste, a manera de ejemplo, visitar la Cárcel Distrital de Tlalnepantla, Estado de México, - originalmente planeada para 90 internos, pero ocupada en la actualidad por más de 400. Consecuentemente, el pequeño taller de manufacturas que opera en el esta- - blecimiento resulta insuficiente, y las consecuencias de la sobrepoblación se hacen manifiestas en todos - los órdenes, propiciando daños y degradación entre los detenidos.

Sin embargo, es importante que no pasemos por alto significativos avances que se han realizado en la República durante los últimos años.

Debemos mencionar, primeramente, el caso del Centro Penitenciario del Estado de México, cuya base jurídica es la Ley - de ejecución de sanciones del Estado de México, promulgada el 23 de Abril de 1966.

Este Centro Penitenciario fue erigido, según palabras del Dr. Sergio García Ramírez, "Bajo el propósito de superar, - con hechos, las censuras suscitadas por el estado de las - prisiones de la República. Jamás se pensó en hacer una prisión más, sino en construir y poner en marcha un reclusorio mejor, un verdadero centro de rehabilitación social, digno de tal nombre". (204)

Ciertamente, los primeros resultados fueron halagadores: - distinguidos criminólogos y penalistas coincidieron al catalogar al señalado Centro Penitenciario como un establecimiento "tipo" o "modelo" en nuestro país (205), por los adelantos que alcanzó.

(204) García Ramírez, Sergio. "El Centro Penitenciario del Estado de México". Criminalia. Ediciones Botas. México. Año XXXIV. Mayo de 1968, Núm. 5. p. 246.

(205) CFR. IDEM.

Sin embargo, no debe ignorarse que en el presente, las condiciones de funcionamiento de tan importante institución parecen estar declinando en relación con los exitosos resultados iniciales (206).

Es menester señalar también que, a partir de 1970, el Gobierno Federal se ocupó con especial interés, en comparación con administraciones anteriores, del problema penitenciario nacional.

En ese sentido, se realizaron diversas reformas con objeto de materializar una estrategia de renovación penitenciaria nacional.

-
- (206) El 21 de Febrero de 1981 el periódico "El Universal" hizo públicas las declaraciones de la presa política Judith Becerril Miranda, reclusa en el Centro Penitenciario del Estado de México. En dicho artículo, Judith denuncia "un alto índice de drogadicción, homosexualismo y tendencia a la agresividad" dentro del penal. Critica el burocratismo que impide el acceso de los internos a los medios de comunicación, la dificultad de conseguir revistas científicas y culturales, libros y periódicos serios. Denuncia también la "superexplotación que sufre la población en los talleres del penal... ya que los salarios no llegan ni a un tercio del mínimo... y aparte de la miseria que se paga, se quita un 20% (10% para la institución y 10% para un supuesto ahorro)". Asimismo hace pública la falta de médicos, la represión imperante en el penal, los golpes y torturas por parte de los celadores, así como la pésima calidad y lo escaso de los alimentos. VID. Bolaños, Laura. "Carcel "Modelo" del Estado de México". El Universal. Sábado 21 de Febrero de 1971. Primera sección. p. 5.

Las acciones relativas se emprendieron desde una triple perspectiva: Reformas en la Ley, adecuada selección y capacitación del personal que concurre en las tareas penitenciarias y correccionales, y, finalmente, se planeó "La erección de -reclusorios adecuados en diversas partes del país, que sustituyan con gran ventaja a los existentes y que presten adecuada base física para el tratamiento de los infractores". (207).

Por lo que se refiere al ámbito legislativo, se expidió la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que entró en vigor en junio de 1971.

Hasta antes de la expedición de esta Ley, sólo contaban con ordenamientos de esa área los Estados de Veracruz (1947), - México (1966), Puebla (1968) y Sinaloa (1970). Este panorama legislativo se enriqueció copiosamente a partir de la Ley de Normas Mínimas.

Algunos estados acogieron en su derecho local, con las adaptaciones necesarias, el texto mismo de las Normas Mínimas.

(207) García Ramírez, Sergio. "La Política Penitenciaria del Gobierno Federal". Memorias del 50. Congreso Nacional Penitenciario. Secretaría de Gobernación. México, 1975. p. 248.

Entre estos podemos mencionar Colima (1972), Tabasco (1972), Baja California (1973), Guerrero (1973) y Campeche (1974).

Otros, en cambio, expidieron sus propias Leyes de ejecución de sanciones, inspirados en los mismos principios e instituciones: Durango (1971), Hidalgo (1971), Michoacán (1972), - Sonora (1972), Oaxaca (1973), Morelos (1973), Coahuila - (1973), Querétaro (1973), Nuevo León (1973), Yucatán (1973) y Aguascalientes (1974) (208).

En lo que toca a la reconstrucción física de los establecimientos, el Ejecutivo Federal, convencido de la necesidad de alzar reclusorios modernos, propició la creación de convenios con los gobiernos estatales, a fin de erigir nuevos establecimientos con aportaciones económicas de ambas entidades.

Gracias a este régimen de coordinación, se han construido las instituciones siguientes: Aguascalientes, Hermosillo, Nogales, Ciudad Obregón, San Luis Río Colorado, Caborca, Cananea, Huatabampo, Sahuaripa, Cumpas, Pachuca, Villahermosa, La Paz, Chetumal y Córdoba.

(208) CFR. 181D. p. 252.

Entre las realizaciones más importantes, pueden mencionarse, además: Mazatlán, Tecate, Guanajuato, Uruapan, Querétaro, - Campeche, Veracruz, Colima, Orizaba, San Luis Potosí, Acapulco y Ciudad Juárez (209).

En el D. F. se sustituyó la Cárcel Preventiva de la Ciudad - de México (Lecumberri) por modernos reclusorios (a la fecha ya se encuentran funcionando el "Morte", "Oriente" y "Sur").

Sin embargo, no obstante los adelantos logrados, debemos tener en cuenta que aún falta mucho por hacer en cuanto a la renovación de los reclusorios. Por ello, dentro de las recomendaciones del Quinto Congreso Nacional Penitenciario, celebrado en Hermosillo, Sonora, en 1975, se señaló: "Es necesario que los gobiernos de los Estados construyan centros de readaptación social en el número necesario para absorber su población penitenciaria, con objeto de evitar el funcionamiento de las viejas cárceles municipales y penitenciarías, cuyos vicios y anacronismos son en sí la negación a la política renovadora que en el campo penitenciario vive actualmente el país. Una sola institución central, por más técnica y organizada que sea, no es suficiente para resolver el -

(209) CFR. IBID. p. 255.

problema readaptatorio de un Estado; es por tanto indispensable, integrar un complejo sistema de readaptación en cada uno de los Estados de la República". (210)

Finalmente, refirámonos al campo de Selección y Formación de Personal.

Se ha tomado conciencia de que aún con buenas Leyes y reclusorios adecuados, cualquier intento penológico quedaría baldío si no se cuenta con el personal adecuado.

Uno de los primeros intentos sistemáticos de selección y formación de personal, se realizó en el Centro Penitenciario - del Estado de México, a partir de 1967. Posteriormente se creó la Escuela para Personal Penitenciario del Distrito Federal, en la que se capacita al personal de los reclusorios en la capital de la República.

por otro lado, la Secretaría de Gobernación desarrolla anualmente cursos de carácter nacional.

(210) Hernández Muñoz, Alfonso. "Sistemas Penitenciarios Integrales en los Estados". Memorias del 50. Congreso Nacional Penitenciario. Op. Cit. p. 245.

También se han llevado a cabo cursos nacionales para trabajadores sociales en el área de la Penitenciaría (211).

Pues bien, como vemos, a lo largo de la década pasada se lograron avances importantes en el área de los establecimientos penitenciarios; sin embargo, debemos tener en cuenta que, no obstante las mejoras logradas, subsisten deficiencias de fondo sumamente difíciles de erradicar.

El maestro Jorge López Vergara (212) señala que en todas las prisiones, en mayor o menor medida, suceden hechos reprobables que redundan en la adquisición de vicios y la consecuente pérdida de valores por parte de los internos. La promiscuidad, los ataques sexuales, las extorsiones y la depresiva soledad espiritual contribuyen a la sistemática erosión del prisionero.

La acción de la cárcel es nefasta y tiene muy remotas posibilidades de readaptar al interno. Se han escrito variadas obras que expresan el dramatismo de estas instituciones en nuestro país; entre ellas podemos mencionar "La fuga del siglo" de Carlos Contreras (1971) y "Kaplan, fuga en 10 segundos" de Asinof, Hinckle y William Turner (1973), que se re -

(211) CFR. García Ramírez, Sergio. "La Política Penitenciaria del Gobierno Federal". Op. Cit. p. 258.

(212) CFR. López Vergara, Jorge. "Crisis de la Prisión." Derecho Penal y Criminología. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1979. pp. 44-47.

fieren a la realidad de la Penitenciaría de Santa Marta Acapulco, en el Distrito Federal; también son muy ilustrativas "Celda 16" (1977), "Adios Lecumberrí" (1979) y "Vida y Libertad" (1979), las que nos describen con dramáticas pinceladas el cáncer carcelario.

Procedamos ahora a comentar con mayor profundidad los efectos nocivos de la prisión.

CAPITULO TERCERO
Críticas a la Pena Privativa de Libertad

III CRITICAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

3.1 PROBLEMATICA QUE PRESENTA LA APLICACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El arma más frecuentemente utilizada para reprimir al delincuente en la época contemporánea es, sin duda, la reclusión en establecimientos penitenciarios. Los defensores de esta medida sustentan que es un instrumento hasta ahora insustituible para segregar a individuos peligrosos, agregando que constituye el medio más adecuado para la reforma de los delincuentes y que ejerce una eficaz intimidación sobre las masas, realizando así una beneficiosa labor preventiva.

Cabe señalar, sin embargo, que la prisión se ha convertido en una institución social con objetivos cada vez más amplios, complejos y contradictorios. Si bien en un principio los establecimientos penales ofrecieron una nueva forma de sanción consistente en la simple y llana segregación de los sujetos peligrosos, en una época más cercana ha tenido que aceptar la responsabilidad de proteger a la sociedad, modificar la conducta y actitudes del delincuente y favorecer la reintegración social de éste. Se intenta conciliar también objetivos antinómicos, como la responsabilidad del mantenimiento del orden, que continuamente se opone a los objetivos del tratamiento educativo; se espera que los reclusos obtengan

un sentido de responsabilidad en un medio donde aún las actividades más simples están reglamentadas.

En un intento por dar a la prisión una utilidad distinta del simple almacenar personas, han aparecido diversas fórmulas - de tratamiento, como lo son la prisión-empresa, el modelo médico, el modelo de educación-formación, institución terapéutico, tratamiento en colectividad, etc.

A pesar de estos esfuerzos y aunque en algunos países se han realizado reformas de fondo en relación con la prisión de - corte clásico (que desgraciadamente impera en nuestro país), el encarcelamiento sigue siendo fuertemente criticado por - los graves inconvenientes que presenta. La vida en cautiverio (sujeta a una compleja gama de factores como los edificios, la población, su clasificación, el personal penitenciario, el trabajo carcelario, la vida sexual, las condiciones higiénicas) reporta consecuencias negativas, al grado que en el concepto de numerosos estudiosos, se ha convertido en un serio factor criminógeno en vez de cumplir con una función - de defensa social.

Ya desde principios del siglo XIX se pretendió subsanar el - problema de contaminación en la personalidad de los reclusos con la aplicación de los regímenes penitenciarios filadélfi-

co (o de la soledad) y auburniano (o del silencio). Ambos, fundados en un mayor o menor uso de la celda individual, - constituyen reacciones contra los peligros de la asociación y promiscuidad carcelarias, denunciadas tan insistentemente por John Howard y sus continuadores.

Con el desarrollo de posteriores estudios sobre la efectividad y aspectos negativos de los establecimientos penitenciarios, doctrinalmente se han asumido dos direcciones fundamentales: una optimista, que si bien reconoce deficiencias en la práctica diaria de los centros carcelarios, sigue considerando a la prisión como un arma esencialmente efectiva en la lucha contra la reincidencia, por lo que propone perfeccionar los métodos y organización penitenciaria. La - otra corriente, fatalista, se empeña en abatir la privación de libertad como procedimiento resocializador.

Entre los primeros antecedentes de esta segunda dirección - podemos mencionar los esfuerzos realizados por Walter Crofton (1815-1897) (213) para establecer permisos de salida, la semi-libertad y la libertad condicional. Como un esfuer

(213) CFR. García Basalo, Juan Carlos. "¿A dónde va la prisión?". Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año - III. Julio 1978-Junio 1980. No. 3. México 1980. p. - 144.

zo concreto por sustituir la prisión, puede anotarse la "pro-
bation", introducida en Massachusetts, Estados Unidos de Amé-
rica, por John Augustus (1784-1859) (214).

Estos intentos fueron muestra palpable de la insatisfacción
por los resultados obtenidos de los procedimientos peniten-
ciarios y se materializaron en la piedra sillar de una nueva
dirección que pretende reintegrar en sociedad al hombre que
ha delinquido y convertirlo en individuo útil y capaz de no
sucumbir nuevamente a la tentación de quebrantar las normas
de convivencia.

(214) IDEM.

Numerosos estudiosos han censurado la realidad penitenciaria (215) y han contribuido en la crítica general que actualmente se le practica y pone de relieve su innegable estado de crisis.

También se ha atacado a la prisión en distintos Congresos Internacionales; en el primer Congreso Panamericano de Medicina Legal, Odontología Legal y Criminología, celebrado en La Habana en 1946 (216) se anotó en una de sus conclusiones que

-
- (215) Baste, a manera de ejemplo, anotar algunas opiniones: Gautier señaló que "en la organización de las cárceles todo está combinado para destruir al individuo, aniquilar su pensamiento y minar su voluntad"; Dorado Montero escribió: "De la prisión, que es la pena más común desde hace poco más de un siglo, salen ordinariamente los prisioneros peor de lo que entran; lejos de moralizar y mejorar las prisiones corrompen". Así también, un buen número de psicoanalistas freudianos consultados por Jiménez de Azúa se manifiestan contra la prisión porque "es negativa y destructiva"; Teja Zabre la califica de inútil y contraproducente; Ruiz de Funes la ataca porque "no prepara para la vida común... la institución penitenciaria sigue arrastrando hacia su decadencia, como un enfermo crónico al que abriga un pronóstico sombrío". Luis Marcó del Pont señaló... "las cárceles se han transformado en un verdadero depósito y no el lugar donde se debe rehabilitar a los internos para hacerlos útiles a la sociedad". Véase García Ramírez Sergio. "Tratamiento penitenciario de delinquentes". Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Penal, UNAM. Núm. 13. Marzo y abril de 1966. México. pp. 48 y 49, y Marco Del Pont, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios. Tomo I. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1974, p. 315.
- (216) CFR. García Ramírez Sergio. "Tratamiento Penitenciario de Delinquentes". Derecho Penal Contemporáneo. - Op. Cit. p. 49.

el "Sistema Penitenciario, no obstante los generosos esfuerzos realizados hasta ahora, constituye un rotundo fracaso en la lucha de la sociedad contra el crimen". García Basalo - (217) reseñó las conclusiones del Segundo Congreso Internacional de Criminología, celebrado en 1950 en la Ciudad de París:

"Desde el punto de vista físico, las malas condiciones de higiene de los locales, las deficiencias de la alimentación, - el desarrollo de la tuberculosis, difícilmente pueden evitarse bajo el régimen de la prisión, especialmente en los establecimientos de tipo clásico. Y aún en las instituciones de tipo moderno, donde tales inconvenientes se ven atenuados y a veces eliminados, el ritmo general de la vida, el lugar demasiado reducido y el poco tiempo reservado a la educación física (condiciones de vida específicamente criminógenas en razón de su influencia en la psicología de los reclusos) se reflejan, a menudo, en las condiciones físicas de los reclusos mismos."

(217) García Basalo, Juan Carlos. ¿A dónde va la prisión? Revista Mexicana de Ciencias Penales. Op. Cit. pp. - 145-146.

"Desde el punto de vista psicológico se puede deplorar en la mayor parte de las cárceles:

- a) El aislamiento sexual de los reclusos y sus consecuencias (ansiedad y perversiones sexuales).
- b) La influencia ejercida por la misma privación de la libertad en el estado psíquico y mental de algunos reclusos (depresión psicológica producida por el ingreso, psicosis carcelaria, debilidad intelectual y anulación de la personalidad en las penas largas, automatismo pernicioso y estado de ansiedad ligado a la idea de la próxima liberación).
- c) El contagio moral causado por la insuficiente selección realizada dentro del régimen penitenciario.
- d) La influencia recíproca de la pobreza cultural de la mayor parte de los reclusos y la insuficiente calificación y escasa preparación profesional del personal carcelario."

"Desde el punto de vista social es necesario subrayar:

- a) La disgregación familiar que toca no solamente al recluso, sino también y sobre todo a los miembros de su familia.

- b) La progresiva disocialización de los reclusos causada por su aislamiento y particularmente severa en las penas de larga duración.
- c) Las dificultades con que tropiezan los librados de la prisión para reintegrarse a la sociedad por causa de la desconfianza que los rodea."

"La peligrosidad de los delincuentes se conserva y a menudo - se acentúa con las penas de corta duración cuyos efectos dañosos no tienen ya necesidad de ser demostrados en el estado actual de la ciencia penitenciaria. Ya no se discute que no es posible mantener el sistema de penas breves que deben ser sustituidas por otras sanciones y, especialmente, con medidas de tratamiento de libertad."

Ciertamente es claro que la prisión se encuentra en crisis - porque no cumple con su función de prevención de reincidentes y además produce numerosas consecuencias negativas. Imprime huellas difíciles de superar al que por primera vez la pisa, y constituye la mayor escuela de delincuencia y depravación. Nada bueno se logra con el reo y en cambio se le agrava y emponsoña con vicios y afiliaciones a criminales. - Mina al recluso y lo enferma en cuerpo y alma, para finalmente devolver a la vida libre a un hombre atravezado en males carcelarios.

Es una necesidad social reducir la aplicación de la prisión a los casos estrictamente necesarios, sustituyéndola por prácticas más racionales y que reporten resultados más halagadores.

3.2 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS BIOLOGICAS EN LA PERSONA DEL INTERNO

El internamiento en prisión produce en el detenido.afecciones clasificables bajo diversos criterios.

Una de estas, de innegable importancia, lo constituye el hecho de que la vida sujeta a las condiciones típicas de esos centros de carencia y abandono repercute en la humanidad del recluso, afectándolo con daños en su organismo.

Las características y el estado que guarda la arquitectura son factores importantes que inciden directamente en la salud de quienes habitan en el establecimiento. Desafortunadamente, en México esas son deplorables en la mayoría de los casos; las malas condiciones de higiene en los locales, engendradas por falta de aire y luz, por humedad, olores nauseabundos, deficiencias en las instalaciones sanitarias y escasa limpieza en la preparación de alimentos, acarrear trastornos en la salud de los internos.

Cabe recordar que la mayor parte de las prisiones del país - fueron construidas a principios del siglo, y se mantienen - con su misma capacidad, sus mismas condiciones generales, y por cierto más viejas y desgastadas, más inservibles.

Los sanitarios de los viejos establecimientos se encuentran en condiciones desastrosas. Los baños en muchos casos están tapados o inutilizados por el constante uso durante años. - Las paredes están húmedas y sin pintura. Gran cantidad de - vidrios están rotos. La falta de recursos continuamente pro - voca que no haya camas, colchones ni mantas suficientes. El hacinamiento inunda los locales, es común encontrarse con el panorama desolador de mantas y periódicos dispuestos en el - suelo a modo de improvisados colchones en las sobrepobladas celdas. De esta forma, las cárceles se han transformado en un verdadero depósito de personas, y no en lugar donde se re habilite al delincuente para hacerlo útil a la sociedad. - Marco Del Pont (218) comenta: "Se sigue con el viejo crite - rio de que la cárcel es un almacén de personas, que no de - ben fugarse de ellas".

(218) Marco del Pont, Luis. Penología y Sistemas Carcela - rios, Op. Cit. p. 318.

Conviene acusar al régimen alimenticio, que se reduce al mínimo indispensable y que aún en los establecimientos más modernos del D.F. se limita a medio llenar estómagos con materia poco nutritiva. Ni que decir de otros lugares con presupuestos más raquíticos en donde no se dispone más que de caldos con alguna hebra de carne o unos trocitos de verdura, una pieza de bolillo y una taza de café.

Estas deficiencias en el alojamiento y alimentación hacen de las prisiones focos propicios para el desarrollo de toda clase de males, principalmente de la tuberculosis.

La asistencia médica que se puede prestar a los internos es escasa y normalmente se reduce a chequeos generales que no pasan de ser rutina con escasos resultados favorables.

La incapacidad para mantener físicamente sanos a los internos de establecimientos preventivos y penitenciarias es manifiesta. El irreparable daño que sufren en su organismo bien puede considerarse una pena en sí misma, que en el caso de los sentenciados es esencialmente distinta de el hecho de permanecer privados de su libertad por mandato de la Ley.

3.3 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS PSICOLOGICAS EN LA PERSONA DEL INTERNO

A lo largo de este siglo se han practicado continuas investigaciones en torno de los efectos que la privación de libertad produce en las actitudes y salud mental de los internos. Las conclusiones obtenidas se inclinan en el sentido de que la -convivencia en el ambiente irreal y asocial de las prisiones, engendra como resultado desviaciones del comportamiento que se agudizan conforme se alarga la propia detención. Estos efectos han sido ampliamente descritos por grandes artistas como Silvio Pellico en "Mis prisiones", Dostoiowsky en "La Casa de los Muertos", y Oscar Wilde en "La Balada de la Cárcel de Reading". Peña Cabrera comenta: "Las investigaciones técnicas y científicas han probado que la cárcel es ambiente inadecuado que origina alteraciones en la Psique del penado, haciéndolo distinto del hombre libre" (219).

Uno de los inconvenientes más graves de los establecimientos tradicionales consiste en el aislamiento radical, la separación casi completa de la realidad exterior. Esto contribuye a crear una comunidad carcelaria con sus propios principios y normas que se consolidan en una forma de vida sui generis.

(219) Peña Cabrera, Raúl. "Influencias del ambiente carcelario en la personalidad del delincuente". Criminología Año XXIX 30 de junio de 1966. Núm. 6. p. 317.

distinta de la acostumbrada en libertad.

El ambiente carcelario se distingue por la monótona uniformidad del lugar; lo rutinario del sistema de vida y la carencia de estímulos para realizar por propia iniciativa cualquier actividad que implique desenvolvimiento del pensamiento y la acción. El ambiente cargado de apatía y letargo reduce los intereses del individuo hasta ministrarlos a niveles primitivos y elementales.

3.3.1 Los factores culturales en la prisión

Existen ciertos indicios relativos al comportamiento y al modo de vida que se observan comunmente en los establecimientos penales y que integran una forma de vida específica. Ese conjunto de actitudes especiales han pasado a integrar lo que puede considerarse una cultura propia conformada por fenómenos presentados indistintamente en establecimientos de diversos países e inclusive épocas.

Uno de estos indicios culturales lo conforma la terminología utilizada por los internos. La jerga del delincuente es lenguaje diferente del utilizado corrientemente y obedece a la necesidad de sortear los temores y la represión impuesta por la estrecha vigilancia. Las palabras utilizadas expresan -

sarcasmo, desprecio, hostilidad. Aldo Giobbi (220) comenta que las frases especializadas de los detenidos expresan la orientación de la comunidad carcelaria hacia el rechazo de las instituciones de justicia y de orden social; manifiestan también una deformación de los valores morales que rigen la conducta hacia la expresión de actitudes primitivas y de hostilidad con quienes les rodean.

Las expresiones artísticas de literatura y pintura carcelarias exponen la mentalidad deformada por las angustias y privaciones sufridas; reflejan las perturbaciones originadas por el abandono familiar, contienen actitudes desafiantes contra la Ley y los hombres que la encarnan; los deseos irrealizables y esperanzas exageradas son argumentos frecuentes de tales producciones artísticas.

La convivencia en el establecimiento penal gira en torno de una solidaridad ilimitada ante las autoridades del penal, de respeto a un orden jerárquico establecido entre ellos y de observancia al llamado "Código del Recluso" compuesto por valores y reglas que deben coexistir con las normas de la institución. Según José M. Rico (221) este "Código" comprende cinco categorías diversas: 1) No meterse en los intereses -

(220) Citado en Peña Cabrera, Raúl. "Influencia del Ambiente Carcelario sobre la Personalidad del Delincuente". Criminología. Op. Cit. p. 320.

(221) Rico, José María. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. p. 80.

del recluso, que consisten en cumplir la pena más corta posible; buscar el acceso a privilegios y favores; evitar experiencias dolorosas y desagradables, para lo cual los reclusos no deben nunca traicionar o denunciar a un colega, permaneciendo al contrario unidos contra el personal y siendo leales para su grupo, incluso si para ello ciertos sacrificios personales son necesarios. 2) No perder la cabeza, es decir, reprimir las manifestaciones de emoción, las discusiones y peleas con otros detenidos. 3) No explotar a los demás reclusos, ni recurrir a la violencia, a la astucia o al fraude, repartir equitativamente los bienes y los favores obtenidos. 4) No debilitarse, para hacer frente a cualquier frustración o problema sin quejarse. 5) No ser confiados, desconfiar de los guardias y no rodearlos de una atmósfera de respeto y prestigio.

Estas reglas, que tienen por objeto solidarizar a los reclusos, reducir las influencias externas y reforzar determinadas actitudes criminales, son exigidas en su observancia por la comunidad penitenciaria, y quienes no las respetan son despreciados, desaprobados, maltratados e insultados.

Numerosos sujetos, sobre todo de recién ingreso, respetan las normas sin ningún sentimiento de solidaridad o de acuerdo y viven psicológicamente apartados del resto del grupo.

Sin embargo, a medida que su permanencia en el penal se alarga, los reclusos (aún los que inicialmente rechazaron las reglas de comportamiento) necesaria e inconscientemente van adecuándose al modo de vida carcelario. A estos sujetos se les considera "adaptados" y se convierten en colaboradores de los actos delictuosos y de indisciplina. Estos cambios en el comportamiento han sido denominados por Clemmer como "Proceso de Prisionalización" y definidos como la adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la penitenciaría (222). En el concepto de este autor, todas las personas recluidas se "prisonalizan" en alguna medida por un proceso natural de adaptación social similar al de cualquier nuevo miembro a todo grupo o cultura.

3.3.2 Las desviaciones mentales

La vida sujeta a las condiciones sui generis de los establecimientos penales desencadena anomalías en el estado mental de los internos. La rutina monótona y minuciosamente planificada termina por deformar la visión de la realidad de los reclusos (223), muchos de los cuales no pueden ya incorporarse a otro tipo de existencia distinta.

(222) Citado en Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. p. 82.

(223) CFR. IBID. p. 77

El Doctor Sluga (224) realizó una investigación de carácter psiquiátrico de la que se concluye que al cabo de cuatro o seis años de encarcelamiento puede aparecer un psicofndrome funcional reversible caracterizado por perturbaciones emotivas, de comprensión y de juicio, alteraciones de comportamiento con tendencias a la regresión hacia el infantilismo y modificaciones en la capacidad para entablar relaciones sociales.

En 1969 se realizó otra investigación, esta vez de carácter psicológico sobre 215 presos voluntarios, condenados a penas de larga duración; los resultados no revelaron ninguna deterioración notable en la inteligencia, pero sí se advirtió un ligero debilitamiento en las reacciones motrices, un significativo aumento de rasgos neuróticos, una fuerte disminución de la capacidad de autoevaluación y una clara mejora emocional entre los liberados bajo palabra (225).

Por otro lado, parece ser que la convivencia en los penales desarrolla una conciencia colectiva que supone una estructuración definitiva de la madurez criminal provocada también por el aprendizaje del crimen y la formación de asociaciones delictuosas (226).

(224) CFR. IBID. p. 77.

(225) CFR. IDEM.

(226) CFR. IBID. p. 78.

Es importante, por último, señalar que el hecho de la privación de libertad por sí mismo es capaz de iniciar y desarrollar en gran parte de los internos una forma especial de neurosis llamada "neurosis carcelaria" que normalmente produce efectos manifestados aún después de haber sido liberados; también puede originar la llamada psicosis carcelaria con síntomas de extrema gravedad como ilusiones, alucinaciones, delirios sistematizados, debilitamiento serio de la personalidad, disminución de memoria e inteligencia, y en general rompimiento con la realidad (227).

3.3.3 El problema sexual

Este es uno de los puntos más discutidos y las consecuencias que trae son extremadamente graves.

La abstinencia sexual, a no ser en casos especiales donde el sujeto logra sublimar su instinto y desahogarlo en alguna otra forma de actividad positiva, causa trastornos físicos y

(227) El maestro Rodríguez Manzanera expone en una interesante publicación las causas, características y efectos de la neurosis carcelaria. Es alarmante el hecho de que una gran parte de los internos sufran los efectos de esta clase de trastorno. Véase Rodríguez Manzanera, Luis. "Neurosis Carcelaria y Mecanismos de Defensa". Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho, UNAM. Seminario de Derecho Penal. Noviembre y Diciembre 1969. No. 35 pp. 15-25.

psíquicos importantes (228).

El aislamiento o semiaislamiento sexual, debido principalmente al deficiente acondicionamiento de los reclusorios o a argumentos absurdos como el de invocar la seguridad del penal, provocan daños y desviaciones en los reclusos. Cuello Calón aporta datos estadísticos de prisiones norteamericanas donde el 80% de los internos se vuelven homosexuales (229).

Autores como Jiménez de Azúa, el psiquiatra Osvaldo Loudet, - el Profesor Benigno di Tullio, Elfas Newman y Eugenio Cuello Calón, han dedicado importantes estudios al aspecto sexual - (230). De entre las conclusiones obtenidas se observa que - las autoridades penitenciarias no han dedicado a este problema la atención que merece, prefiriendo dejarlo en segundo plano.

-
- (228) La sublimación es un mecanismo de defensa que consiste en orientar el impulso originario hacia otra actividad, ya porque ese primer impulso sea socialmente inaceptable, ya porque el sujeto esté imposibilitado para satisfacerlo. En el caso de la energía sexual, el proceso de sublimación no es fácil de completar, por lo que debe desahogarse a través de una práctica sexual normal. Véase Rodríguez Manzanera. Op. Cit. pp. 20-21.
- (229) Cuello Calón. Citado en Marcó Del Pont. "Penología y - Sistemas Carcelarios". Op. Cit. p. 263.
- (230) CFR. Marcó Del Pont, Luis. "Penología y Sistemas Carcelarios". Op. Cit. p. 263.

Sin embargo, la imposibilidad de satisfacer los apetitos sexuales por las vías adecuadas contribuye a que los reclusos acusen síntomas y desarrollen desviaciones como el fetichismo, el bestialismo, el exhibicionismo, la masturbación y la homosexualidad.

A fin de evitar estas graves desviaciones, que continuamente se presentan aparejadas a una sensible afectación de los valores morales, la gran mayoría de los tratadistas se muestran favorables a la práctica sexual normal dentro de los reclusorios.

Los enemigos de la visita íntima afirman que ésta facilita el rufianismo de la mujer, su venta por el acto sexual. También se argumenta que por esta vía se pueden introducir drogas o material para fugas. Sin embargo, esto último, puede realizarse a través de la visita común si no se realiza una requisa minuciosa.

La tendencia actual es en el sentido de permitir la conveniente satisfacción de los impulsos sexuales, permitiendo la visita íntima tanto para reclusos casados como para los célibes.

3.4 LA PRISION Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES

El conjunto de malformaciones que el interno va adquiriendo a lo largo de su reclusión, las dificultades que debe afrontar y superar para reiniciar su vida social, cuando recupere su libertad, y los daños que la separación del interno provoca en su familia durante el período de reclusión, conforman en conjunto un panorama negativo por sus graves repercusiones sociales.

Es alarmante el hecho de que, cuando un padre de familia es encarcelado, su familia queda desmembrada y abandonada a su suerte moral y económica.

El choque sufrido en estos núcleos familiares es enorme y continuamente concluye en disolución familiar, lo que facilita la inadaptación de los niños, cuya educación se efectúa en condiciones anormales, haciendo probable su adhesión a las filas de la delincuencia juvenil.

El proceso de prisionalización, por otra parte, dificulta que el sujeto pueda reintegrarse a la vida en libertad sin acusar rasgos de inadaptación. Es común que, una vez liberado, el sujeto se vea imposibilitado para llevar una vida honesta por falta de trabajo y por el rechazo general sufrido. Ante estas circunstancias no es difícil que se incorpore definitivamente al mundo criminal.

3.4.1 El Trabajo Penitenciario

Una medida efectiva para mantener unidos los vínculos familiares es proporcionar al recluso una actividad laboral que le devengue ingresos para el sostenimiento económico de quienes dependan de él, lo que coordinado con medidas que fortalezcan las relaciones familiares (como lo es una visita íntima adecuadamente planeada y realizada, así como oportunidades de convivencia con los hijos)(231) puede aportar resultados efectivos en la lucha contra la disolución familiar, la delincuencia juvenil y la propia reincidencia.

Mucho se ha discutido en torno de los efectos del trabajo sobre la población carcelaria.

Personalmente considero que la existencia de actividades laborales suficientes para la totalidad de los internos es un presupuesto que debe cumplirse en los establecimientos penales, en razón de dos criterios:

(231) Se ha sugerido que se permita a internos con buena conducta que tengan salidas transitorias a fin de que estrechen al máximo posible sus relaciones familiares. También se espera solucionar así los inconvenientes de la visita íntima en el penal, donde ésta no pasa de ser un acto mecánico. Véase Marcó Del Pont. Op. Cit.

- a) El primero estriba en que puede mantener ocupados a los internos, evitándose los inconvenientes de la ociosidad que corrompe y torna al sujeto en un aletargado mental. A través de programas laborales y educativos organizados puede, además, dotarse a los internos de los conocimientos técnicos y artesanales, que les permitan desarrollar, una vez - obtenida su libertad, labores que aseguren su honesta subsistencia.
- b) Dado que numerosos reclusos son jefes de familia, no debe descuidarse el sostén económico de éstas; el trabajo que - realicen los internos debe reportar un ingreso que permita participar en la manutención de quienes de ellos dependan; considero que ésta es una responsabilidad que la autoridad adquiere conjuntamente con la potestad que legítimamente - ejerce al sancionar a quienes actúan ilícitamente. Opino que el hecho de la privación de libertad derivada de una - sentencia, ya como sanción simple y llana, ya como instrumento para lograr la readaptación social, no debe afectar la integridad y seguridad de los núcleos familiares de los sentenciados.

Los ingresos percibidos por el trabajo desempeñado deben ser iguales a los destinados para actividades iguales en el exterior. Esta proporción es posible de realizar si se parte de una organización sólida y una dirección honesta.

Una parte de este ingreso deberá destinarse a cumplir con uno de los fines de la pena: la reparación del daño, que es tan frecuentemente olvidada.

CAPITULO CUARTO
Sustitutivos de la Pena Privativa de Libertad

IV SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

4.1 Necesidad de sustituir la Pena Privativa de Libertad

En la actualidad, para el común de la gente, uno de los este reotipos que se acepta con más naturalidad es el hecho de re lacionar necesariamente el hecho de una conducta ilícita, de la comisión de un delito, con el consecuente encierro del au tor en un establecimiento penal. Hasta podría enunciarse - esta creencia, dice García Basalo (232), bajo la repetida - fórmula: Delito + policía + justicia penal = X años de prisión. Hay quien piensa que la realidad penal siempre fue y será así.

Sin embargo, si bien la cárcel como medida preventiva ha - existido desde tiempo inmemorial, la privación de libertad - como pena no tiene una antigüedad mayor de cuatro siglos; an teriormente se aplicaron sanciones que pretendieron la eliminación del sujeto (como la pena capital con sus muy variados matices en instrumentos y procedimientos empleados, las pe - nas corporales, mutilantes, el destierro, el confinamiento, etc.) o su utilización como esclavo, siendo dedicado a diver sas tareas con fines económicos, según la época.

(232) García Basalo, Juan Carlos. ¿A dónde va la prisión? Op. Cit. p. 140.

En el presente, la mira de la aplicación de la sanción penal por excelencia (la pena privativa de libertad) está puesta en la socialización del infractor, en la rehabilitación social del delincuente.

Tal intento, en el caso de nuestra legislación penal vigente, se encuentra materializado en el multicitado art. 18 constitucional.

No obstante, conviene tener en cuenta que los numerosos efectos negativos de los establecimientos penales convierten a la institución penitenciaria en instrumento socialmente contraproducente, al grado de imprimir ciertos rasgos criminológicos en el interno, como ya estudiamos anteriormente. Por ello se han iniciado discusiones doctrinales en torno del futuro que espera a la privación de libertad como pena, y sobre la conveniencia de utilizar medidas esencialmente distintas que permitan esperar resultados más halagadores en la lucha contra la reincidencia criminal; y es que en la esencia misma de la prisión destaca una paradoja: aún en la mejor de las hipótesis trae aparejado un modo anormal de vida, pidiéndole al mismo tiempo que actúe como formadora de hombres libres.

La solución a esta contradicción debe encontrarse en la transformación del penitenciarismo clásico en un tratamiento sin prisionero destinado a medidas en libertad o semilibertad, en los casos en que la personalidad del sujeto lo permita, que - impriman tendencias de solidaridad y respeto social, mediante una política criminal basada en el trato digno, la educación y el trabajo.

Si bien no debe menospreciarse el hecho de que la privación - de libertad aún constituye una medida útil en los casos de sujetos de alto grado de peligrosidad, a menudo reincidentes - (debemos reconocer que aún estamos lejos de poder aplicar las máximas de autores como Barnes y Teeters, quienes afirmaron que el "mejor modo de mejorar la prisión es suprimirla"), la práctica de nuevas medidas extramuros que evitan los diversos males carcelarios, en especial la tan frecuente y negativa - contaminación moral, y que imprimen actitudes socializadoras, pueden ser aplicadas en numerosos casos con ventajas notables.

En el congreso mundial de 1955 se recomendaron francamente - los establecimientos abiertos como una nueva medida para brindar un tratamiento más eficaz; el éxito en la aplicación de estos recursos penales radica en una conveniente selección individualizada de la medida concreta a que habrá de sujetarse

a un individuo determinado, previamente estudiado y clasificado por personal técnico capacitado. Es conveniente señalar que las medidas de tratamiento en libertad, contrariamente a lo que arguyen quienes se oponen a su aplicación, no suponen un peligro para la comunidad libre, dado el estudio que previamente se realiza en torno de la personalidad del sentenciado y, en su caso, la vigilancia a que se le sujeta.

Estas medidas están aplicándose con éxito en algunos de los países más adelantados en política criminal (233), destinado a tratamiento en libertad a todos aquellos sujetos que no requieren una sanción mayor y cuya personalidad permite esperar de ellos una actitud favorable; sólo los elementos más problemáticos quedan reclusos en establecimientos con sistemas de seguridad mínima, mediana o máxima. Tal política se observa en Suecia y Finlandia, donde un treinta por ciento de los delincuentes se están tratando en establecimientos abier

(233) Ciertamente hay algunas naciones que, dadas sus condiciones económicas, políticas y sociales, y el interés con que han abordado el problema delincencial, se han colocado en los primeros lugares de la carrera que es la evolución del tratamiento para resocializar al delincuente; sin embargo, si analizamos los resultados obtenidos llegamos a la triste realidad de que, como dijera el destacado tratadista sueco Thorsten Erikson "En el terreno del tratamiento de la delincuencia, todas las naciones están subdesarrolladas". Véase Erikson, Thorsten. "Problemas Relacionados con la Reforma del Tratamiento de la Delincuencia". Criminología Año XXIX, 1963. No. II p. 843.

tos (234); en Dinamarca también se están obteniendo resultados muy halagadores con la política de dulcificación de la pena (235), enfocada principalmente al tratamiento en libertad.

4.1.1. El sistema de readaptación social en México

En el caso concreto de nuestro país, existen en la legislación algunas instituciones penales que podrían hacer pensar en la existencia del tratamiento en libertad dentro de nuestro marco jurídico; sin embargo estas medidas o "beneficios" no pueden considerarse propias de un tratamiento resocializador por ser simples mecanismos a través de los cuales el sujeto obtiene su libertad con mayor celeridad. Materializan la intención del legislador por disminuir, en los casos prescritos en la misma Ley, el inútil encarcelamiento de sujetos que han cumplido una parte de su condena, o bien, dada la gravedad del ilícito cometido, se estima que no tienen un alto índice de peligrosidad.

(234) CFR. Erikson, Thorsten. Problemas Relacionados con la Reforma del Tratamiento de la Delincuencia. Op. Cit. p. 847.

(235) CFR. Brydensholt, H.H. "Crime Policy in Denmark". Op. Cit.

En lo relativo al cumplimiento de la sanción, nuestros ordenamientos legales han adoptado la corriente de la PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA (236) en un intento para implementar y hacer de la prisión un mecanismo actual y participativo en la readaptación social. Se han estructurado diversas modalidades que contribuyen a facilitar el liberamiento del recluso, en busca de las ambiciosas metas del tratamiento en libertad para sujetos a los que la prisión no solamente resulta innecesaria e inadecuada, sino gravemente nociva.

-
- (236) La PENA INDETERMINADA tuvo como fundamento filosófico la idea de que la medida penal impuesta debe servir como instrumento de readaptación social. En este sentido, la prisión debe estar en función de tan meritorio propósito y, por lo mismo, dicen quienes sustentan esta corriente, su duración y modalidades deben estar en relación a la peligrosidad y personalidad del delin - cuente; de esta manera, cuando el interno haya sido re socializado podrá ser liberado; pero no deberá serlo mientras no se encuentre readaptado. Estos principios, que en sí mismos no pueden aplicarse en nuestro país - por ser violatorios de garantías de seguridad jurídica y legalidad, fueron convenientemente atemperados y limitados a la luz constitucional, dando origen a la PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA que permite a la autoridad judicial individualizar la sanción, prohibiendo al mismo tiempo la indeterminación de la pena en materia ejecutivo-penal a través de la condena condicional, la libertad preparatoria, la remisión parcial de la sanción y las medidas de preliberación. Véase Berchermann Arispe, Antonio. "El Tratamiento en Libertad en el Sistema de Readaptación Social Mexicano". Revista Mexicana de Ciencias Penales. México. Año III. Núm. 3. Julio 1979-Junio 1980. pp. 27-28.

Ciertamente el tratamiento de estos delincuentes puede lograrse sin su internamiento en prisión, que además del elevado - costo que reporta, crea obstáculos que dificultan o imposibilitan la readaptación.

En teoría, el sistema de readaptación social mexicano está - ahora ampliado e integrado por el tradicional tratamiento en prisión (institucional) así como por el tratamiento dentro y fuera de prisión (semi-institucional) y el tratamiento en libertad (extra-institucional), en un intento por superar la - etapa del simple tratamiento intra-muros. Se contempla en - nuestro ordenamiento legal el tratamiento en libertad, hipotéticamente concebido como la etapa del proceso de readaptación en la que el sentenciado a prisión puede tener acceso, mediante los cauces de la condena condicional o la libertad preparatoria, a un régimen condicionado de vida en la sociedad libre a efecto de arraigarle o profundizarle en los criterios y pautas adecuadas de convivencia comunitaria.

Sin embargo, para que las medidas de libertad puedan considerarse propias de un sistema de readaptación de sentenciados, es necesario que cuando se conceda la libertad al reo en - cuestión, se le sujete a determinadas medidas que tiendan a integrarlo al grupo social y no solamente le liberen y le dejen abandonado a su suerte, permitiendo que vuelva a encon -

trarse con las causas que lo arrastraron a la comisión del ilícito penal.

Es conveniente, para los fines de comprensión de las medidas de tratamiento en libertad que contempla nuestra legislación, que procedamos a analizarlas sucintamente.

4.1.1.1. La Condena Condicional (237)

4.1.1.1.1. Concepto

Es una medida que se resuelve por el juez suspendiendo la aplicación de la pena y permitiendo la libertad restringida del sentenciado.

-
- (237) Los orígenes de la Condena Condicional se remontan a los años de 1859 en Massachusetts y de 1873 en Boston. El primer antecedente europeo, influido por los ordenamientos citados, lo encontramos en la ley belga de 1888. Esta medida tiene por objeto evitar el cumplimiento de penas cortas de prisión, impidiendo en lo posible la contaminación física y psicológica que producen los establecimientos carcelarios. En nuestro país, Miguel S. Macedo publicó desde 1901 distintos estudios en los que pugó por la adopción de esta medida en nuestra legislación; en su participación como presidente de la Comisión Proyectista de Reformas al Código Penal de 1871, dedicó amplia atención a la Condena Condicional, analizando, en la exposición de motivos, los daños que la prisión ocasiona en el delincuente primario propiciando su degradación y corrupción, y contribuyendo a convertirlo en habitual. El Código Penal de San Luis Potosí de 1921 fue el primero en la República que consagró legislativamente esta figura; después lo hizo el del D.F. - de 1929, del que pasó al Código Penal vigente en la capital del país. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S.A. sexta edición, 1976. pp. 198-199.

Constituye un instrumento penológico sustituto de las penas cortas de prisión. Lo que se suspende, según nuestra legislación, no es la condena en sí misma, sino la aplicación de la sanción; en ordenamientos jurídicos extranjeros existen figuras análogas cuya particularidad radica en que difieren el pronunciamiento mismo de la pena, ya sea sin la declaración de culpabilidad (como acontece con la "probation" de E.U.A.), o bien, previa sentencia que declara la culpabilidad del sujeto (como es el caso de la "probation" en Inglaterra) (238).

4.1.1.1.2 Efectos sobre la Pena

El artículo 90 fracc. I del Código Penal señala que la condena condicional suspende la ejecución de la pena (239).

-
- (238) Se ha opinado que la no declaración de culpabilidad favorece al sujeto porque no afecta su fama pública y no le origina pérdida de derechos civiles. En nuestro país, sin embargo, es necesario dictar la referida resolución en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional fracc. VIII, precepto que consigna a que se pronuncie la sentencia antes de cuatro meses, si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediera de ese término.
- (239) Debe entenderse por "pena" solamente la pena privativa de libertad, ya que son los efectos nocivos de la prisión los que se intenta evitar con la aplicación de la medida a estudio. Sin embargo, la fracc. III del art. 90 señala que también se refiere a la multa "y a las demás sanciones".

Dado que el sujeto queda restringido en su libertad por la imposición de vigilancia y orientación por parte de la autori-dad, debe entenderse que la ejecución de la sanción se suspende, pero el sujeto permanece bajo la protección del Sistema - de Readaptación Social.

El artículo 90 en su fracc. VII señala que si durante el término de tres años contados desde la fecha en que la sentencia cause ejecutoria, el sujeto no diere lugar a nuevo proceso - por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquella. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia además de la segunda, en la que el reo será considerado como incidente, lo cual pone de manifiesto que durante el período - de prueba, incluso mayor al tiempo de la condena, no se ejecuta ésta mediante el tratamiento en libertad aplicada, ya - que si así se considerara, no se podría luego hacer efectiva la sanción que ya se había "ejecutado".

4.1.1.1.3 Presupuestos y -
condiciones de la
Condena Condicio-
nal

La concesión de la condena condicional está sujeta a determinados presupuestos y a ciertas condiciones:

a) Presupuestos.

El primer presupuesto es de carácter objetivo o externo y se refiere a que la sentencia no exceda de dos años de prisión (art. 90, fracc. I, inciso "a").

El segundo presupuesto, también externo, requiere "que sea - la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional", concediendo la posibilidad de favorecer a reincidentes por delitos imprudenciales. Este presupuesto se contradice con los principios elementales de las teorías modernas sobre personalidad criminal al otorgar mayor importancia a la gravedad del hecho cometido que a la personalidad del delincuente, ignorando el principio de que se puede encontrar en un delito insignificante a un gran delincuente, y en un inmenso crimen a un inofensivo delincuente; de esta manera la solución legislativa basada en el carácter doloso o culposo de la conducta delictiva no obedece a una profunda y bien cimentada política criminal, ya que hubiera sido mejor que se permitiera al juez otorgarle el beneficio tanto a delincuentes dolosos como culposos, mediante el cuidadoso y metódico estudio de personalidad y conductas delictivas cometidas.

El tercer presupuesto de carácter objetivo se refiere a que el reo haya observado "buena conducta positiva, antes y después del hecho punible" (2a. parte del inciso "b" de la -

fracc. I del artículo noventa) (240). Cabe comentar que el legislador incurrió en una tautología al señalar que la buena conducta debe ser "positiva", pues ¿Acaso puede haber buena conducta "negativa"?

El último presupuesto es de carácter interno o subjetivo y requiere que del estudio de los antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, nazca una presunción de no reincidencia.

Sin duda, este presupuesto significa un desarrollo por demás digno de aceptación, ya que materializa la preocupación del legislador para asegurar la no reincursión delictiva del sujeto. Para ello es necesario, sin embargo, que el respectivo análisis de antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como la naturaleza, modalidad y móviles del delito, sea realizado por un consejo técnico-interdisciplinario que analice científicamente factores sociales, psicológicos, biológicos y legales, y presenten un diagnóstico de las posibilidades que tiene el reo de reintegrarse a la vida libre sin peligro de reincidencia, y en su caso, de las medidas a que

(240) La buena conducta observada por el delincuente debe remontarse a tres años antes de la comisión del ilícito, según ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase Carrancá y Trujillo, Código Penal - Anotado. Op. Cit. p. 203.

debe sujetarse al interno para reintegrarlo al grupo social.

b) Condiciones Legales.

Cumplidos los presupuestos de la condena condicional, deben observarse determinadas condiciones legales para su disfrute. Estas pueden dividirse en dos categorías: las asegurativas - (tendientes a mantener al sentenciado al alcance de la autoridad) y las que persiguen constituirse en régimen de tratamiento.

Las primeras (asegurativas) son medidas cautelares reales o personales consistentes en el otorgamiento de garantía o el sujetamiento a las medidas que se fijen al sentenciado para asegurar su presencia ante la autoridad (incisos "A" y "B" - de la Fracc. II del Art. 90).

Las condiciones que persiguen constituirse en régimen de tratamiento se encuentran en los incisos "C" y "D" del inciso - II del artículo 90, los que consignan la obligación de deseñar oficio, arte o profesión lícitos en el plazo que la autoridad le fije al sujeto, así como la prohibición de abusar de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos simila -

Cabe comentar que la inclusión de la obligación de desempeñar un trabajo constituye un gran avance en nuestra legislación; sin embargo, considero que esa ocupación laboral no debe ser una simple "condición" para el disfrute de la figura jurídica a estudio, privando así de la posibilidad de sujetarse al tratamiento en libertad a quien no pueda conseguir el empleo en cuestión en el plazo fijado (241); más bien, la autoridad debe asignarle al sujeto en cuestión la actividad laboral que requiera, previo análisis de su personalidad, de sus aptitudes y grado de capacitación escolar, técnico o artesanal; procurando así su readaptación.

4.1.1.1.4 Revocación de la - Condena Condicional

El código penal del Distrito Federal prevé dos causas de revocación de la condena condicional: la primera (fracc. VII del art. 90) se refiere al caso de que el liberado diera lugar, en el término de tres años contados a partir de que la sentencia cause ejecutoria, a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria. En este caso se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será considerado como reincidente.

(241) Téngase en cuenta que existe un alto índice de desempleo y subempleo en las grandes ciudades de la República, por lo que no es fácil que el reo se emplee en un plazo breve.

La segunda causa de revocación se consigna en la fracción IX y se refiere al hecho de que la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, podrá dar lugar a que el Juez le haga efectiva la sanción suspendida, o bien lo amoneste con apercibimiento de que, de insistir en el incumplimiento de alguna de las condiciones fijadas, se le hará efectiva la señalada sanción.

4.1.1.2. La Libertad Preparatoria

Esta figura jurídica tuvo su origen en el México independiente con el Código Penal de Martínez de Castro de 1871 (242).

La concesión de este beneficio es facultad de la autoridad administrativa, según lo disponen las diversas legislaciones estatales y del Distrito Federal, amén de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (243).

-
- (242) Fue en este ordenamiento donde se plasmó la preocupación del legislador por rebajar la pena. Sin embargo, esta medida no tuvo otra razón de ser que el disminuir la duración del encarcelamiento, sin que pueda considerarse una medida resocializante.
- (243) En los amparos directo penal 3482/52- Guadalupe Guardiola Sosa. Enero 28 - 1955, registrado en la pág. 35 del informe de 1955 y Directo Penal 4358/1959 - Albino González Salinas. Primera sala. Boletín 1959 p. 10, se resolvió que no corresponde a la autoridad judicial, sino a la administrativa, resolver lo procedente a la libertad preparatoria. Véase Berchemann Arispe, Antonio. Op. Cit. p. 37.

La libertad preparatoria es un instrumento penológico para la libertad del reo a título de prueba, después de haber cumplido una parte de la pena, quedando sujeto a determinadas condiciones de vida y conducta (244).

4.1.1.2.1. Presupuestos.

El primer presupuesto para la concesión de la libertad preparatoria se encuentra contenido en el artículo 84 y se refiere al hecho de que el reo haya cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delito intencional, o la mitad de la misma en caso de delito imprudencial.

Es importante señalar que esta distinción la ha hecho el legislador porque, desgraciadamente, se sigue considerando a la prisión como un instrumento sancionador más que como una medida resocializante; por ello se permite al delincuente imprudencial disfrutar del beneficio a estudio antes que el intencional, porque se considera que este último merece un castigo mayor que el primero.

(244) CFR. Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 534.

se comprometa a reparar el daño causado. El principio filosófico de esta disposición legal es acertado, ya que tiende a hacer efectivo uno de los fines de la pena: la reparación del daño. Sin embargo, dadas las condiciones sociales y económicas imperantes en nuestro país, considero que no basta con exigir al reo el cumplimiento de esta obligación pecunaria, sino que previamente debe dotársele de una actividad laboral que le reporte un ingreso decoroso y le permita cumplir con el pago referido.

4.1.1.2.2. Condiciones Legales.

La libertad preparatoria establece una serie de condiciones que deberán cumplirse para su disfrute.

La primera consiste en residir o en su caso no residir en un lugar determinado (inciso "A" del Art. 84).

El inciso "B" señala que el reo debe desempeñar en el plazo que se le fije, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia. El principio filosófico de imponer la obligación de trabajar me parece acertado, sin embargo, como ya he señalado reiteradamente, la autoridad debe asegurarle al sujeto la mencionada actividad laboral asegurándose de que se cumpla con el correspondiente

El segundo presupuesto es de carácter objetivo, requiriendo que el interno haya observado buena conducta durante su internamiento (Fracc. I Art. 84). Este requisito, que intenta proteger la seguridad social, es de escasa eficacia, ya que se ha comprobado que es común que los delincuentes profesionales se adapten mejor a la vida penitenciaria y tengan un comportamiento aparentemente más correcto.

El tercer requisito, localizado en la fracc. II del art. 84, requiere que se le practique al interno un examen de personalidad y que de éste se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir. Esto me parece acertado en cuanto a que se utiliza el estudio de personalidad y se intenta prevenir el inútil daño de la prisión mediante la liberación anticipada. Sin embargo considero que si a través de estudios de personalidad se determina que el sujeto ha sido readaptado, lo más probable es que no tuviera rasgos serios de desadaptación cuando ingresó al establecimiento, ya que está probado que la prisión contribuye más a deformar que a formar hombres libres, y en ese caso hubiera sido más conveniente destinarlo a medidas penales en libertad que exponerlo a la nefasta contaminación carcelaria.

El último presupuesto contenido en el art. 84 se encuentra en la fracc. III y se refiere a que el reo haya reparado o

salario de acuerdo a lo señalado en la legislación laboral - respectiva.

El abstenerse de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos - similares, salvo por prescripción médica, es la tercera condición establecida en el inciso "C" del precepto citado.

Finalmente, el inciso "D" consigna la obligación para el liberado de sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten, y la vigilancia de una persona honrada y de arraigo que le vigile y le presente siempre que fuere requerido.

Si el reo incumpliera alguna de las condiciones legales señaladas, el beneficio a estudio le será revocado, salvo que la autoridad le conceda otra oportunidad en los mismos términos que en el caso de la condena condicional (Art. 86 Fracc. 1).

Así mismo, si el sentenciado cometiera otro ilícito, la revocación se dictará de oficio, pero si el nuevo delito fuera imprudencial, la autoridad podrá mantener o revocar, a su arbitrio, la libertad preparatoria (Fracc. II Art. 86).

4.1.1.3. Comentarios en torno a la condena condicional y la libertad preparatoria como medidas de tratamiento en libertad.

Pues bien, una vez analizados los rasgos fundamentales de estas dos importantes instituciones penológicas mexicanas, podemos - concretar en torno a su verdadera utilidad en la lucha contra la reincidencia.

Ciertamente se ha dado un paso importante al contemplar legislativamente la posibilidad del tratamiento en libertad. Este intento ha sido consecuencia de la amarga experiencia que aportan los establecimientos penitenciarios clásicos, con todos - sus deplorables resultados.

Sin embargo considero que las medidas a estudio NO PUEDEN CONSIDERARSE MEDIDAS DE TRATAMIENTO EN LIBERTAD, sino mas bien de ben definirse como BENEFICIOS que se otorgan al reo con objeto de intentar evitar el inútil daño de la prisión en delincuentes cuya personalidad no revela un elevado índice de peligrosidad; son medidas accesorias a la prisión.

Lo anterior es el resultado de que nuestra legislación e instituciones penales no han evolucionado en sus principios y procedimientos hasta erigir o perseguir la readaptación social del delincuente como su meta más alta, sino que aún se pretende im

poner una pena con fines eminentemente punitivos y vindicativos.

Para que el tratamiento en libertad pueda erigirse es necesario modificar las disposiciones legales que consagran a la pena privativa de libertad como principal exponente de medida penal, y dar al órganojurisdiccional nuevas formas de sanción y de procedimientos resocializantes que separen al delincuente de la obscura realidad carcelaria y pugnen por integrarlo al núcleo social de la única manera posible: otorgándole apoyo en vez de castigo, proporcionándole instrumentos que lo conviertan en un individuo útil en vez de lecciones que lo transformen en un ente destructivo y peligroso .

4.2. LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

4.2.1. Conceptos Preliminares.

El fracaso que reiteradamente ha demostrado la prisión en el cumplimiento de la función de readaptación de delincuentes - ha provocado que numerosos estudiosos del problema conjunten creatividad y experiencias, compartiendo sus mejores esfuerzos en la búsqueda de nuevas medidas que ofrezcan resultados más halagadores.

Debemos dejar bien claro, sin embargo, que la prisión todavía cumple una función real y es necesaria para proteger al núcleo social de numerosos delincuentes con alto índice de peligrosidad que hace inconveniente su participación activa en la vida libre, siendo necesario mantenerlos al margen de la convivencia e imponerles medidas de tratamientos a largo plazo.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una importante categoría de delincuentes que por su personalidad específica, requieren de métodos de privación o restricción de libertad más flexibles, y que según se ha demostrado, pueden reemplazar ventajosamente a la prisión (245).

Debemos tomar en cuenta que nuestro sistema penal ha permanecido estancado y ajeno a las aportaciones que ciencias importantes como la psiquiatría, la psicología y la sociología han desarrollado, principalmente a lo largo del presente siglo. - Ciertamente se han practicado reformas a las diversas instituciones penales, pero la esencia se ha conservado íntegra; las estructuras fundamentales siguen persiguiendo la expiación como fin principal de la pena.

(245) CFR. García Basalo, J. Carlos. ¿A dónde va la Prisión?
Op. Cit. pp. 148-150.

En base a experiencias realizadas en diversas partes del mundo se ha logrado elaborar una extensa gama de medidas sustitutas del encarcelamiento que bien pueden enriquecer las instituciones penales con el objeto de constituir una política criminal más efectiva. La selección y aplicación práctica de estos recursos penológicos debe estar en función de las circunstancias y posibilidades sociales y jurídicas de cada país.

A fin de que las medidas impuestas reporten resultados satisfactorios, deben ser convenientemente individualizadas. En este sentido debe separarse el principio de la escuela clásica de derecho penal, todavía subsistente en nuestra legislación punitiva, consistente en proporcionar la dureza de la pena con el ilícito cometido.

Esta idea estuvo justificada en otra etapa de la evolución penal, pero ahora resulta inaceptable.

La individualización se ha realizado medianamente en la etapa penitenciaria, pero debe desarrollarse en la judicial, proporcionando a la autoridad una nueva gama de medidas que pueda adecuar al caso concreto previo análisis de la personalidad del procesado, y en la etapa legislativa, incorporando a los ordenamientos legales los instrumentos penales susceptibles de ser aplicados a las distintas categorías de criminales.

A través de la individualización judicial puede evitarse ventajosamente la sobreutilización de la pena de prisión, sustituyéndola por otros mecanismos que, sin dejar de proteger a la sociedad, puedan adaptarse mejor a la personalidad del delincuente y a la gravedad del acto, exteriorización frecuente del estado peligroso de su actor. Debemos tomar en cuenta que una correcta individualización judicial requiere conjuntar elementos contemplados por ciencias tan variadas y complejas como la psiquiatría, medicina, sociología, psicología y el derecho.

Existen opiniones en el sentido de que el juez debe contar con una preparación integral que aglutine las diversas disciplinas señaladas a fin de que pueda comprender la realidad del delincuente y esté en posibilidades de decidir qué medidas penales son las más convenientes para el caso concreto.

Sin embargo, dado el alto grado de especialización alcanzado en estas áreas del conocimiento, y tomando en cuenta la enorme diferencia de los campos de estudio entre unas y otras, resulta difícil que una sola persona pueda conocerlos a fondo. Mejores resultados pueden esperarse si se limita la actuación del juez al aspecto eminentemente jurídico: corresponde a esta autoridad judicial el resolver en torno a la responsabilidad penal del sujeto al que se le imputa la comisión de un ilícito. Considero que una vez que se ha determinado la res-

ponsabilidad penal del encausado, debe solicitarse la intervención de especialistas en las distintas áreas señaladas, integrados en un consejo técnico-criminológico interdisciplinario, quienes deben estudiar la problemática y la personalidad bio-psicológica y social del delincuente a través de los distintos prismas de sus respectivas ciencias, debiendo concluir su investigación multidisciplinaria con una opinión en torno a la o las medidas idóneas para el tratamiento del sujeto.

Para alcanzar estas elevadas metas de individualización judicial de la pena deben realizarse profundas modificaciones a las estructuras jurídicas de nuestro país; considero que los resultados las justificarían ampliamente.

4.2.2. Los nuevos instrumentos penológicos.

Doctrinalmente se han desarrollado diversas medidas que ofrecen una amplia gama de instrumentos penológicos, experimentados en distintos países, que persiguen la adecuada individualización penal. Es necesario que al imponer su aplicación, previo estudio de personalidad del delincuente, se cuantifiquen en busca de dar cumplimiento a los fines de la pena ya estudiados en el capítulo I de esta Tesis Profesional.

El maestro José M. Rico (246) ha clasificado estas medidas en tres grandes grupos:

- a) Medidas Punitivas,- Conservan cierto carácter represivo, - aunque no al extremo de la privación absoluta de libertad.
- b) Las medidas de seguridad o de defensa social.- Se caracterizan por su naturaleza preventiva. Persiguen proteger a - la sociedad contra la reincidencia y no contienen elemen - tos vindicativos ni retributivos.
- c) Las medidas de Tratamiento.- Se destinan a los casos en - que, o bien la delincuencia resulta de un estado patológi - co que es necesario sanear, o el sujeto requiere una aten - ción particular. Estas se dividen en médicas y educativas.

El Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo - de Europa, realizó entre 1972 y 1973 un amplio estudio sobre el tema. El sub-comité especializado presentó en su informe un cuadro de las "Medidas sustitutivas de las penas privati - vas en la legislación y la práctica de los Estados miembros" (247). Aunque su clasificación no obedece a los mismos cri -

(246) CFR. Rico, José M. "Medidas Sustitutivas de la Pena de Prisión". Cuadernos Panameños de Criminología. Vol. 1. Noviembre 1974-1975. Universidad de Panamá. p. 75.

(247) CFR. García Basolo, J. Carlos. ¿A dónde va la prisión? Op. Cit. 149-150.

terios formales que la de José M. Rico, en esencia ambos tienen casi las mismas medidas, aunque la esquematización de este último autor me parece más ilustrativa.

De cualquier manera, las medidas empleadas deben ser siempre enriquecidas por procedimientos formativos que creen o refuercen en el delincuente conciencia de utilidad y solidaridad social, a fin de procurar su verdadera resocialización.

Procedamos a analizar cada uno de los tres criterios señalados:

4.2.2.1. Medidas Punitivas

Estas pueden subdividirse en tres grupos:

A) Medidas Restrictivas de Libertad.

Aunque conservan carácter punitivo y afectan la libertad, se distinguen de la prisión en que no implican más que cierta privación de este bien jurídico. Rico ha incluido entre las medidas restrictivas de libertad a la semilibertad, los arrestos de fin de semana y el trabajo obligatorio en libertad.

1.- La Semilibertad.- Puede considerarse como un régimen de transición y la vida libre. El beneficiario desarrolla actividad laboral en libertad y se recluye en un establecimiento

cerrado durante la noche y los días feriados. De esta manera el sentenciado no rompe los lazos con el exterior y puede continuar ejerciendo su profesión u otra actividad laboral, contribuyendo al sostenimiento económico de su familia y al cumplimiento de la obligación de reparar el daño. Además se evitan los riesgos del ocio desmoralizador y degradante de las prisiones.

Este mecanismo criminológico ha sido utilizado en Bélgica desde 1963 y en Francia desde 1952 (248) como una de las modalidades de ejecución de la pena privativa de libertad, aunque bien pudiera aplicarse como sustitutivo a nivel jurisdiccional. (249)

2.- Los Arrestos de Fin de Semana.- Esta medida tuvo su origen en Inglaterra en el año de 1948 y ha sido utilizada en Alemania (1953) y Bélgica (1963)(250) en sustitución de penas cor-

(248) En los Estados Unidos se ha utilizado desde 1913 (en el Estado de Wisconsin) el sistema "Haber Law", que permite que los condenados en prisiones del condado salgan a trabajar durante el día. Debido a su éxito, otros estados de la Unión han adaptado ese mismo mecanismo penológico como "Jail Work-Release Programs". - CFR. Rico, J.M. "Medidas Sustitutivas de la Pena de Prisión". Op. Cit. p. 77.

(249) El Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo de Europa ha propuesto la aplicación del "Work-Release" y Los Arrestos de Fin de Semana como Medidas Sustitutivas de Prisión. VID. Basalo, J. Carlos. "¿A dónde va la Prisión?" Op. Cit. p. 150.

(250) CFR. Rico, José M. "Medidas Sustitutivas de la Pena de Prisión". Op. Cit. p. 78.

tas de prisión. Sin duda, tanto en la medida que nos ocupa como en la anterior es conveniente que los lapsos de detención - se desarrollen en establecimientos distintos a los destinados a penitenciarías y reclusorios con el fin de evitar posibles - contactos con sujetos de peligrosidad elevada. También resulta ventajoso que durante los arrestos se practiquen programas de reeducación o tratamiento que influyan en la personalidad - del sujeto y le inculquen conceptos concretos de respeto y solidaridad social.

3.- El trabajo obligatorio en libertad (251).- Esta medida, - propuesta para individuos de bajo grado de peligrosidad, evita todos los inconvenientes de la prisión; consiste en imponer la obligación al sentenciado de trabajar en el lugar en que antes prestaba sus servicios o en otros señalado por la autoridad.

Para la aplicación de esta medida, como de las dos anteriores, se requiere una conveniente vigilancia de la autoridad, a fin de asegurarse del correcto cumplimiento de los deberes y evitar al mismo tiempo situaciones irregulares en perjuicio de - los intereses o buen desarrollo del proceso resocializador -

(251) CFR. Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Op. Cit. p. 79.

del delincuente. Diversos países han utilizado con éxito esta medida; podemos mencionar a Etiopía, Argentina, Suiza, Groenlandia y países de Europa Oriental, como Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia y la U.R.S.S.

g) Medidas Pecuniarias.

Son medidas que afectan al sujeto en su patrimonio, sin atentar contra su libertad o su constitución físico-psíquica.

Dentro de este grupo podemos encuadrar a la multa, la confiscación y la indemnización.

1.- La Multa (252).- Es una sanción que ha tenido aplicación universal, utilizándose como pena principal y también como accesoria. Las ventajas que reporta con respecto a la pena privativa de libertad son notables, ya que evita los daños causados por ésta y constituye un mecanismo aflictivo cierto, amén del beneficio que aporta al Estado. Nuestra legislación la prevé en su art. 29 del Código Penal.

El problema fundamental que presenta radica en la dificultad de individualización dado que incide de manera diversa en el

(252) CFR. Frías Caballero, Jorge. "Las Penas de Multa y - las Penas Cortas Privativas de Libertad". Criminalia. Año XXVI, Noviembre de 1960. Núm. 11. pp. 993-1000.

gnimo del sentenciado, según su mayor o menor capacidad económica.

Esta pena, para ser justa, debe estar en relación con dicha capacidad, ya que de otro modo se convertiría en privilegio del rico y enorme carga para quien sólo dispone de escasos recursos económicos.

Existen dos posiciones que han abordado el problema planteado. La primera, adoptada por Suiza, Dinamarca y Noruega, otorga al juez facultades suficientes para adaptar la medida de la multa a la situación económica del sentenciado, previo análisis del capital y la renta que percibe, su estado civil, cargas familiares, profesión, etc. Los códigos finlandés, sueco, danés y cubano han adoptado el sistema de los llamados "Dfraz-Multa", que en lo personal estimo bastante acertado, y que consiste en fijar el monto en base a los ingresos y gastos reales que el sujeto tiene en promedio.

En los casos de insolvencia del sentenciado, esta medida puede aplicarse conjuntamente a la imposición de actividad laboral, de cuyo beneficio económico pueden descontarse, por disposición judicial, partidas destinadas al pago de la multa y la reparación del daño.

2.- La Confiscación (253).- Doctrinalmente se ha dividido la pena de la confiscación desde dos puntos de vista:

a) General.- Consiste en la afectación de todos los bienes - presentes y futuros del sentenciado, los que pasan a favor del Estado por disposición de la autoridad judicial. Esta es una pena que tuvo vigencia en legislaciones antiguas (254) y que ha perdido toda práctica por ser a todas luces injusta y trascendente, por estar en contra de los principios y fines de las teorías penales modernas.

b) La confiscación especial o comiso.- Aunque ciertamente - causa un perjuicio económico, la naturaleza de esta medida ha sido clasificada como mecanismo de seguridad, por lo que la analizaremos posteriormente.

3.- La reparación del daño.- Consiste en que, dado que el - bien jurídico tutelado afectado por ciertos delitos forma - parte del ámbito personal más que del general o social, se - estima que el sujeto activo debe entregar a la víctima una -

(253) VID. Rico, José M. Las Sanciones Penales y La Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. p. 107.

(254) Recuérdese el caso de ciertas leyes chinas que disponían la confiscación de todos los bienes de quienes atentaran contra la Casa Imperial, amén de las torturas y la misma muerte que se imponían a los autores - del ilícito y a sus familiares. Véase el Capítulo I - de esta Tesis Profesional.

suma de dinero suficiente para repararle por la violación cometida. Seguramente este mecanismo penológico tuvo su origen con las antiguas teorías de la "compensación" analizadas en el primer capítulo de esta tesis profesional, y considero que es una medida de enorme importancia ya que en sí misma constituye uno de los fines que filosóficamente debe perseguir la pena.

Por lo que se refiere a las ventajas que reporta en relación con la prisión, son análogas a las de la multa.

El código penal mexicano prevé esta sanción en su art. 29.

C) Medidas Humillantes.

Estas persiguen actuar como medidas generales y como medidas especiales preventivas de delincuencia, a través del arrepentimiento que logren imprimir en el delincuente concreto, o del temor que desarrollen en la población (255).

Dentro de estas medidas humillantes podemos contar:

1.- La reprensión judicial.- Tuvo gran aplicación en épocas antiguas cuando se concedió considerable importancia a los conceptos del honor y se observó profundo respeto por la opi

(255) CFR. Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. pp. 108-109.

nión de la autoridad judicial.

Sin embargo, tanto la reprensión pública (realizada en sitio público o difundida por algún medio de comunicación), como - la privada (practicada a puerta cerrada), carecen hoy en día de efectividad como sanciones penales, dado que el ciudadano común ha perdido interés y respeto por el llamado de atención de la autoridad jurisdiccional (256).

2.- Los azotes.- En la antigüedad, y a lo largo del derecho penal medieval, las penas corporales, entre las que se contaban los azotes, tuvieron gran aplicación. En épocas posteriores se ha evitado su práctica, salvo ciertas excepciones. Sin embargo, existen quienes pretenden su reaparición en razón de que la consideran un instrumento eficaz para provocar el arrepentimiento del sentenciado a través del dolor físico y la humillación sufrida.

Contra esta apreciación se han utilizado como argumentos los resultados de numerosas investigaciones que demuestran la ausencia casi completa de efectos sobre criminales desprovistos de sentimientos y de moralidad, reportando efectos con -

(256) El Art. 42 del Código Penal prevé esta medida bajo el nombre de "Amonestación", que consiste en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, exhortándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincide.

traproducentes, por demoralizadores, sobre sujetos con sentimientos de dignidad, amén del inútil daño físico que acarrearán.

Considero que, dados los dudosos efectos de prevención, esta medida no debe utilizarse en la actualidad; el grado de desarrollo social que la aceptó ha quedado superado desde hace varios siglos, amén de la prohibición que actualmente imponen la declaración universal de los Derechos Humanos y diversas constituciones nacionales, entre las que se encuentra la mexicana (257).

4.2.2.2. Medidas de Seguridad (258)

Estas medidas persiguen fundamentalmente proteger al núcleo social contra posibles actos de reincidencia y se imponen en atención a la peligrosidad del delincuente, sin considerar la gravedad del hecho cometido.

(257) El artículo 22 de nuestra Carta Magna prohíbe expresamente "Las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

(258) Subtema desarrollado principalmente en base a las destacadas investigaciones del maestro José M. Rico, publicadas en Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Op. Cit. pp. 110 y ss. y "Medidas Sustitutivas de la Pena de Prisión" Op. Cit. pp. 141 y ss.

Se subdividen en cuatro grupos importantes, cada uno con sus propias metas específicas, a saber: la eliminación del delincuente, su control y vigilancia, la afectación patrimonial y la restricción de derechos y libertades.

A) Medidas de eliminación de la sociedad.

Estas parten del principio de que existen ciertos delincuentes que, dada su personalidad y peligrosidad, deben separarse del núcleo social definitiva o temporalmente. Tómese en cuenta que dicha separación tiene un carácter preventivo y no vin dicativo.

1.- La Transportación de delincuente.- También conocida como deportación o relegación, tuvo por principio filosófico el interés de sanear a la sociedad de sus elementos más peligrosos. En la búsqueda de medidas que lograran satisfacer tan importante fin se pensó que la panacea radicaba en conducir a estos sujetos a tierras lejanas desde donde no pudieran perturbar la seguridad y el orden social (259). En el pasado tuvo gran aplicación principalmente por parte de Inglaterra, Francia y Rusia; sin embargo, en la actualidad es cada vez menos empleada.

(259) Para mayor amplitud véase SUPRA 2.1.3 de esta Tesis - Profesional.

En México se aplicó esta medida, siendo designada como "Relegación", en base a lo dispuesto en el art. 27 del Código Penal. Se utilizó a la Colonia Penal de las Islas Marías, Mayarít, como centro de relegación. En 1938 se derogó el art. 27; en 1943 se restableció su vigencia y en 1947 la relegación quedó definitivamente eliminada de la legislación mexicana (260).

Por lo que toca al internamiento de seguridad de criminales reincidentes y habituales, doctrinalmente se ha propuesto su reclusión en establecimientos especiales de máxima seguridad, ya por tiempo indeterminado, ya definitivamente. Personalmente considero que no debe imponerse la reclusión con carácter definitivo, sino que la permanencia del sentenciado debe estar determinada por la práctica constante de exámenes que revelen su desadaptación y peligrosidad.

2.- La Expulsión de Extranjeros.- La práctica de deportación de extranjeros mantiene enorme aceptación en las legislaciones modernas. Constituye una medida de protección contra extranjeros considerados peligrosos o indeseables, ya por la comisión de algún ilícito, ya porque su estancia se juzga inconveniente.

(260) CFR. Carrancá y Trujillo, Radl. Código Penal Anotado. Op. Cit. p. 112.

Debe tomarse en cuenta que esta medida tiene carácter administrativo y no judicial, según lo dispuesto por nuestro - Art. 33 Constitucional.

B) Medidas de Control.

Se clasifican dentro de este grupo el confinamiento y la sumisión a la vigilancia de las autoridades.

1.- El Confinamiento y el Arresto Domiciliario.- Estas dos medidas parten del mismo principio, diferenciándose entre sí sólo por cuanto toca al ámbito espacial a que se refieren. El confinamiento es un mecanismo de control que consiste en conducir al penado a un lugar determinado del territorio nacional en el cual permanecerá en libertad, con o sin vigilancia. El arresto domiciliario, por otra parte, ha sido autorizado por ciertas legislaciones como un mecanismo que permite al - sentenciado, dada su escasa peligrosidad en relación con la - naturaleza del ilícito cometido, cumplir la pena en su propio domicilio o en el de una persona de arraigo y probada solvencia moral.

Personalmente considero que el arraigo domiciliario puede resultar, con medidas de vigilancia convenientes, un efectivo instrumento sustitutivo de la prisión preventiva, más aún si

se aplica conjuntamente con fianza o caución como garantía.

2.- La sujeción a la vigilancia de las autoridades.- Esta es una medida que debe aplicarse conjuntamente con alguna otra de carácter formativo y resocializante. A lo largo del proceso de readaptación social a que se somete al delincuente, sobre todo en el caso de tratamiento en libertad, es conveniente asistirlo con orientación y vigilancia. En alguna etapa de la historia se ha sujetado al liberado a la vigilancia de los órganos policíacos, desgraciadamente con resultados poco alentadores porque, las más de las veces, constituye un obstáculo para la readaptación. Lo recomendable es sujeterlo a vigilancia de personal capacitado no policíaco, con carácter tutelar y protector.

C) Medidas Patrimoniales.

Entre las medidas de seguridad de naturaleza patrimonial podemos citar la confiscación especial, al cierre del establecimiento y la caución de buena conducta.

1.- La Confiscación especial o comiso.- Aunque no es propiamente un sustitutivo de la pena de prisión, sí constituye una medida importante que puede aplicarse conjuntamente con otra que persiga fines de sanción o de tratamiento.

El comiso consiste en desposeer a una persona de una cosa cuya posesión es ilegal, que se ha utilizado para la comisión de un delito, o que representa un peligro para la seguridad, la salud o la moral pública. De esta manera se pretende proteger a la sociedad al evitar que dichos objetos puedan utilizarse con fines ilícitos o asociales.

Nuestra legislación contempla esta medida en el art. 40 del Código Penal para el Distrito Federal.

2.- El cierre de establecimiento.- Al igual que la medida anterior, el cierre de establecimiento constituye un instrumento de protección social cuyo objeto de aplicación es una entidad distinta del delincuente en sí mismo. Se le ha definido como la prohibición temporal o definitiva para que un establecimiento o empresa continúe en funcionamiento, porque se hayan cometido en él o a través de él actos ilícitos.

Este instrumento penológico se ha recomendado por ser un medio intimidante y efectivo al poner fin radicalmente a una empresa peligrosa para la economía o la salud física o moral del vínculo social.

3.- La caución de buena conducta.- Dada la escasa gravedad de ciertas conductas, la autoridad judicial puede dejar de impo-

ner una sanción, sustituyéndola por un llamado a la no reincidencia. La caución de buena conducta se origina por la obligación contraída por el sujeto de observar buen comportamiento posterior, depositando en garantía de su cumplimiento, una cantidad de numerario cuyo monto y duración del plazo de buena conducta debe fijar el juez en relación con las condiciones económicas y la gravedad del acto.

D) Medidas restrictivas de libertad y derechos.

Estas tienen por objeto prevenir la comisión de nuevos ilícitos mediante ciertas restricciones de la libertad y el ejercicio de derechos.

1.- Prohibición de residir en un punto determinado. Se mantiene al sentenciado alejado de ciertos lugares donde puede obtener vivencias o contactos que resulten negativos en su proceso de resocialización. Cabe señalar que esta medida casi carece de eficacia si no se practica concordantemente con otras complementarias, como la sujeción a vigilancia y el trabajo en libertad.

2.- Las Inhabilitaciones.- El poder público cuenta con el imperio para impedir que, individuos que han demostrado escasa ética profesional, insolvencia moral, incapacidad en el ejer-

cicio de ciertas funciones o derechos, o han cometido algún ilícito en cumplimiento de su profesión, trabajo, oficio o cargo público, ejerciten ciertos derechos, se dediquen a determinadas actividades, o desempeñen cargos públicos (261).

Conviene hacer énfasis en que la aplicación de estas medidas debe entenderse a título de instrumentos preventivos de ilícitos, y no como procedimientos vindicativos, por lo que deben imponerse conjuntamente con otras medidas que persigan la conveniente readaptación social del delincuente.

4.2.2.3. Medidas de Tratamiento.

Las medidas de tratamiento, médico o educativo, se destinan a delincuentes con daños, desviaciones o deficiencias físicas o psicológicas graves que actúan directamente sobre la conducta y redundan en la comisión de ilícitos; las medidas educativas deben contemplar dos ámbitos distintos: primero, habrán de procurar el incremento en cuanto a conocimientos, principalmente en lo que se refiere a determinada área de la producción, arte u oficio en la que trabajará el

(261) Esta medida existe en la legislación mexicana. Recuérdese, a manera de ejemplo, la inhabilitación temporal en el ejercicio de su profesión que se impone a un médico, cirujano, comadrona o partera que practique un aborto. VID. Art. 331 C.P. D. F.

delincuente (262); además, es muy importante que simultáneamente se practique sobre el sentenciado una terapia que le imprima rasgos de respeto y solidaridad social.

A) Medidas Medicinales.

1.- El internamiento de criminales enajenados y anormales.- Sin duda, el internamiento en establecimientos cerrados debe tener vigencia para delincuentes que reportan disturbios graves en sus facultades mentales que les convierten en sujetos con alto grado de peligrosidad. Sin embargo, estas instituciones deben perder sus rasgos carcelarios para convertirse en hospitales que pongan en práctica los avances de la psiquiatría y la psicología.

2.- Tratamiento médico obligatorio.- Se ha recomendado sujeción a tratamiento médico obligatorio, ya sea en libertad o - previo internamiento en instituciones médicas cerradas y - creadas para tal fin, a sujetos que requieran un tratamiento médico y reformativo.

(262) En nuestro país, dadas las deficientes condiciones - educativas de gran parte de la población, es conveniente comenzar por alfabetizar e impartir cursos de primaria y secundaria entre la mayoría de los sentenciados.

Se pretende sujetar a esta medida principalmente a alcohólicos y toxicómanos, mediante un programa que comprende dos fases: La desintoxicación y una etapa de terapia.

También puede utilizarse con delincuentes sexuales que sufran problemas de mal funcionamiento glandular, a quienes se les puede sujetar a tratamientos médicos que sustituyan la práctica medieval de la castración, todavía consentida por algunas legislaciones extranjeras.

B) Medidas Educativas.

Pretenden cumplir con fines educativos sobre el sentenciado desde los dos puntos de vista ya señalados.

En el tratamiento en libertad, estos fines educativos pueden realizarse sujetando al delincuente a la libertad vigilada o "Probation", que procedemos a comentar.

La "Probation" tiene características similares a la condena condicional (que ya hemos analizado anteriormente).

Se le considera como la medida del porvenir por los halagados

res resultados que ha redituado en distintos países (263); su pone no solamente la suspensión de la ejecución de la pena, - sino también la asistencia y la vigilancia de personal espe - cializado.

La "Probation" se subordina al cumplimiento de ciertas condi - ciones como la restitución de los objetos robados, la indem - nización de la víctima, la ejecución de las obligaciones fami - liares, el tener empleo regular, pasar un examen o seguir un tratamiento médico o psiquiátrico, el someterse a una cura de desintoxicación, el abstenerse de visitar ciertos lugares, el encontrar periódicamente al agente de probación (que no tiene carácter de vigilante policiaco, sino que es un técnico ins - truido profesionalmente para prestar asesoría y orientación, sometiendo al sentenciado a vigilancia no represiva) (264) y

-
- (263) Aún cuando la opinión pública ha recibido con ciertas reservas a la "Probation", normalmente los resultados han sido estupendos, por lo que paulatinamente se está extendiendo en más legislaciones. Véase Gómez Grillo, Elio. "Los Delincuentes Adultos Jóvenes. Prevención y Tratamiento". Revista Mexicana de Ciencias Penales, Julio 1979-Junio 1980. No. 3. p. 198.
- (264) En lo que se refiere a vigilancia del penado, existen dos sistemas: En el anglosajón el sujeto es vigilado por los mencionados "Probation Officers" o agentes de probación; por otro lado, en algunos países con una estructural social y educacional considerablemente des - arrollada, como Suecia, la vigilancia es ejercida por ciudadanos corrientes, que recogen este encargo como una prueba de confianza de la comunidad hacia ellos, recibiendo asesoría de los llamados "Skydss Konsulenter". Véase Eriksson, Thorsten. "Problemas Relacionados con la Reforma del Tratamiento de la Delincuencia". Criminalia. Año XXIX. Noviembre de 1963. p. 844.

a alguna otra prohibición u obligación que la autoridad podrá imponerle discrecionalmente, según el caso concreto.

Es conveniente hacer la observación de que el éxito de la medida en cuestión depende de la conveniente selección de los sujetos, así como de la cantidad y calidad del personal que intervenga en su aplicación.

Los comentarios en torno de su efectividad son contundentes; Gómez Grillo, como muchos otros autores, ha manifestado: "Ya con más de un siglo de experiencia, se puede considerar que es una fórmula existosa, no sólo para los jóvenes adultos, - sino para todas las categorías de delincuentes". (265)

4.2.3. Comentarios en torno de la aplicación de los nuevos instrumentos penológicos propuestos.

El derecho, así como todas las instituciones creadas por éste con fines de protección y servicio social, deben ajustarse a las necesidades cambiantes que el mismo vínculo social reclame. De otra forma se convierten en obstáculos al desarrollo, seguridad y bienestar de los destinatarios.

(265) Gómez Grillo, Elío. Op. Cit. p. 198.

En este sentido, es importante insistir en que la prisión se ha convertido en una medida con demasiados efectos negativos, por lo que debe intentarse la aplicación de nuevos mecanismos que cumplan más eficazmente con los fines de la pena.

Es cierto que la Pena Privativa de Libertad, tan comunmente - utilizada en todo el mundo, cumple todavía con la función de eliminar a los delincuentes de alto grado de peligrosidad, pero debe ser considerada como una más de las medidas entre las cuales pueda escoger la autoridad para lograr la adecuada individualización judicial.

Ahora bien, las medidas propuestas redituarán pocos avances - si se aplican aisladamente. Es necesario que se complementen unas a otras en busca de satisfacer los diversos fines de la pena.

La efectividad de los nuevos instrumentos penológicos está - en función de su conveniente individualización. Para lograr este presupuesto es necesario dar intervención al consejo - técnico criminológico interdisciplinario, no solamente en el estudio bio-psicológico y social del delincuente, sino, lo - más importante, en la proposición de las medidas que deberán imponerse al sentenciado.

En México ya se ha aceptado institucionalmente que el principal fin que debe perseguirse con la aplicación de la pena es la readaptación del delincuente. Sin embargo, todavía no se ha comprendido que pocos resultados halagadores van a obtenerse mientras se siga considerando a la prisión como base del sistema penal. La alternativa la tenemos en medidas de tratamiento en libertad, que sostengan como estructura fundamental el trabajo y la práctica de terapias que impriman en el delincuente rasgos de respeto, solidaridad, servicio y utilidad social.

4.3. PROPOSICIONES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA PRISION APLICABLES EN MEXICO

4.3.1. La Criminalidad en México.

Antes de proponer medidas sustitutivas de la pena privativa - de libertad, es necesario hacer un somero comentario en torno de las causas de delincuencia en México. Cuando podamos comprender la razón por la cual cada sujeto ha delinquido, estaremos sentando las bases para imponerle medidas individualizadas que sean por sí mismas preventivas de reincidencia.

José M. Rico definió la criminalidad como el "fenómeno de masas constituido por el conjunto de infracciones que se cometen en un tiempo y en un lugar determinado". (266)

La criminalidad puede clasificarse a la luz de diversos criterios, siendo los más usuales (267):

1.- En atención a los bienes jurídicos que afecta; se divide - de la siguiente manera:

a) Criminalidad de violencia.

(266) Rico, José M. Crimen y Justicia en América Latina. Siglo Veintiuno Editores. México, 1977. p. 34.

(267) CFR. Alvarado Alpizar, Samuel. El Problema de la Criminalidad en el Distrito Federal. Tesis Profesional. E.N.E.P. Acatlán, U.N.A.M. México, 1981. pp. 14-15.

- b) Criminalidad contra las costumbres.
- c) Criminalidad económica.
- d) Criminalidad contra el derecho internacional.

2.- En atención a la forma en que es registrada pueden hacerse las siguientes divisiones:

- a) Criminalidad Real, que constituye el total de los ilícitos cometidos en un tiempo y un lugar determinado.
- b) Criminalidad Aparente, integrada por los delitos de que tiene conocimiento la autoridad, pero que no han sido investigados aún. Son los delitos denunciados.
- c) Criminalidad Legal, compuesta por los ilícitos que fueron convenientemente probados a través del proceso y - respecto de los cuales se dicta una sentencia condenatoría.
- d) Criminalidad Impune, constituye la diferencia entre la criminalidad aparente y la legal. Es denunciada a la - autoridad, pero no llega a dictarse una sentencia al - respecto.

e) Criminalidad Oculta o cifra negra de la Criminalidad, está formada por la diferencia entre criminalidad real y criminalidad aparente.

Ahora bien, en nuestro país los tipos delictivos cuantitativamente más importantes son los ilícitos cometidos contra los bienes -también conocidos como económicos- y los crímenes de violencia.

Dentro del primer grupo, los ilícitos más comunes son: El robo, que en el Distrito Federal (268) tiende a aumentar en una relación del 3.48% anual y el daño en propiedad ajena, que tiende a incrementarse a un ritmo del 4.64%.

En la criminalidad de tipo violento, las estadísticas otorgan a las lesiones el primer lugar con un incremento del 25.4%, seguido del homicidio cuyo índice aumentó al ritmo de 12.6% anual.

Pues bien, refirámonos ahora a los factores criminógenos, que son toda aquella relación de elementos de carácter inter

(268) Información tomada de Alvarado Alpizar, Samuel. Op. - Cit. p. 129.

no y externo que actúan para la comisión de los ilícitos - (269).

La importancia del conocimiento de estos factores radica en obtener un criterio de las principales causas generadoras - de la delincuencia, a partir de las cuales pueden definirse políticas concretas de tratamiento para el delincuente.

El hombre es una entidad bio-psíquico-social, por lo que - los orígenes de la conducta antisocial pueden encontrarse - indistintamente en esos tres ámbitos.

La naturaleza de los factores es variada, obedeciendo a criterios no uniformes: puede haber factores históricos, psicológicos, demográficos, socioeconómicos, culturales y políticos (270).

En el caso concreto de México, sin embargo, las condiciones socio-económicas y educativas parecen tener especial influencia en el fenómeno delictivo.

-
- (269) Jean Pinatel definió los factores criminógenos como "Todo elemento objetivo que interviene en la producción del fenómeno criminal". Por su parte, Rodríguez Manzanera los explicó como "Todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales". VID. Alvarado Alpizar, Samuel. Op. Cit. p. 56.
- (270) CFR. Rico, José M. Crimen y Justicia en América Latina. Op. Cit. pp. 237-286.

La desigual distribución de la riqueza, tanto en el campo como en las grandes ciudades, ha desarrollado la creación de grandes masas de marginados. José M. Rico señala: "Basta - consultar las estadísticas criminales para constatar que la inmensa mayoría de las personas arrestadas por la policía, acusadas ante los tribunales o condenadas a cárcel está formada por individuos pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas, los cuales viven en alojamientos insalubres y poseen un nivel de instrucción extremadamente deficiente" (271).

En efecto, una encuesta realizada por el maestro Jorge López Vergara en el año de 1977 en el Reclusorio Oriente de la - ciudad de México, proporciona datos significativos. El cuadro 1 se refiere a los ingresos que los internos recibían - antes de su detención (272).

(271) Rico, José M. Crimen y Justicia en América Latina.
Op. Cit. p. 251.

(272) Información tomada de Alvarado Alpizar, Samuel -
Op. Cit. p. 73.

CUADRO 1

GANABAN	NUMERO DE INTERNOS
De 2,001 a 3,000 pesos mensuales	191
3,001 a 4,000 " "	123
4,001 a 5,000 " "	72
5,001 a 6,000 " "	45
6,001 a 7,000 " "	21
7,001 a 8,000 " "	34
8,001 a 9,000 " "	8
9,001 a 10,000 " "	28
10,001 a 20,000 " "	50
20,001 a 30,000 " "	19
30,001 en adelante " "	24
Sin datos	51

Es revelador el hecho de que la mayoría de los internos pertenecan a las clases marginadas con ingresos inferiores o apenas en el límite del salario mínimo, que a la fecha de la encuesta era de 106.60 pesos diarios.

También resulta ilustrativo la afirmación de los maestros de Tavira y López Vergara, en el sentido de que en el delito - "El desequilibrio en el reparto de la riqueza, la desigual - oportunidad hacia la educación, indiscutiblemente influyen de

manera preponderante". (273)

La criminalidad de violencia (utilización ilegítima de la fuerza) y la criminalidad económica (apropiación ilegítima, destrucción o deterioro de los bienes ajenos) son consecuencia inequívoca de las deficientes condiciones económicas y educativas mexicanas, por lo que las medidas que deben imponerse al delincuente, habrán de ser capaces de modificar su situación socio-económica y cultural.

4.3.2 La crisis de la Ley penal.

La aplicación en México de medidas penales con carácter verdaderamente resocializante y educativo, es una meta que no podrá alcanzarse mientras no sean reformados los instrumentos de que disponemos en la actualidad, los cuales han entrado en franca crisis porque persiguen metas diversas a aquellas propuestas por las doctrinas penales modernas.

El Código Penal para el D.F. (cuya estructura y principios generales contienen los ordenamientos punitivos del resto de la República) está basado en conceptos propios de la Escuela Clá-

(273) Távira y Noriega, Juan Pablo de, López Vergara, Jorge. Diez Temas Criminológicos Actuales. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1979. p. 59.

sica de Derecho Penal, uno de cuyos postulados más importantes es imponer un castigo proporcional a la gravedad del delito cometido. De esta manera se establece una individualización legislativa para cada ilícito, imponiendo un mínimo y un máximo de pena privativa de libertad dentro de la que deberá realizarse la individualización judicial. Los criterios dentro los que se basan ambas individualizaciones consisten en el análisis de la gravedad del ilícito cometido (274). Este mismo principio de gravedad de la conducta cometida fundamenta las circunstancias agravantes o atenuantes para la imposición de sanciones.

La Ley Penal Mexicana contiene algunos preceptos que disponen el estudio de la personalidad del delincuente como uno de los puntos de referencia en que deberá basarse la individualización judicial, pero dada la naturaleza del resto de los preceptos reunidos en el Código, esta individualización tiende a cas

(274) Aunque el Código Penal para el D.F. dispone en su artículo 51 que al momento de dictar la sanción el juez deberá tomar en cuenta ciertos datos individuales y sociales del sujeto, así como las circunstancias del hecho cometido, considero que este precepto no es suficiente si pretendemos imponer medidas resocializantes y educativas, ya que la autoridad jurisdiccional se encuentra limitada por la individualización legislativa, amén que los criterios del artículo 51 y del resto de nuestro ordenamiento punitivo dedican más atención al estudio del delito que al delincuente. Si queremos readaptar debemos estudiar principalmente al hombre integralmente con debido, restando definitividad al estudio del delito.

tigar a cada quien según sus circunstancias particulares; de ninguna manera persigue la readaptación del delincuente.

La resocialización de quienes han cometido ilícitos no podrá lograrse mientras utilicemos instrumentos como la prisión y nuestra Ley Penal vigente, estructuradas para alcanzar fines distintos del que la sociedad requiere, porque aún encuen - tran en el castigo desmedido, deformante, al principal obje - tivo de las instituciones penales.

Las disposiciones de nuestro vetusto Código Penal impelen al Juez para que en su sentencia imponga un castigo adecuado - al infractor, castigo que debe ser proporcional a la natura - leza y circunstancias del hecho cometido y a las condiciones particulares del sujeto.

Con estos instrumentos no podrá alcanzarse el objetivo funda - mental abrazado por nuestro artículo 18 Constitucional: la - readaptación social del delincuente.

El Derecho es una ciencia que tiene como objeto de estudio al hombre en convivencia social. Por ello, para no conver - tirse en un obstáculo al desarrollo, debe evolucionar acorde a los requerimientos sociales y al avance de otras ciencias que estudian al ser humano a través de distintos prismas. -

Si pretendemos, para beneficio de la comunidad, readaptar a quienes han actuado ilícitamente, no podemos desoír argumentos de medicina, psicología, sociología, psiquiatría y criminología que condenan a la prisión como una institución deformativa de cuerpos y mentes, con profundos rasgos crimínicos.

Las alternativas son medidas que, partiendo del conocimiento biopsicológico y social del delincuente, se individualicen en busca de la readaptación del sujeto y la efectiva reparación del daño causado por la conducta ilícita.

Refirámonos ahora al proceso de individualización de penas:

Como sabemos, corresponde al juez, autoridad con facultades jurisdiccionales, analizar jurídicamente las pruebas de cargo y descargo en torno de la responsabilidad del procesado, así como evaluar la información que le sea presentada en relación con la personalidad del delincuente, a fin de individualizar la pena.

Estas atribuciones del juez penal resultan convenientes para una legislación que, basada en el estudio del delito, impone

una sanción eminentemente expiatoria, vindicativa (275).

Si pretendemos imponer nuevos mecanismos penológicos con carácter verdaderamente resocializante y educativo es menester modificar los criterios actuales de individualización.

Considero que la actual individualización legislativa deberá ser sustituida por el simple enunciado de las medidas penológicas, que se impondrán a cada delincuente partiendo de un estudio integral de su realidad bio-psicológica y social, pudiendo la autoridad escoger, entre todas ellas, las más convenientes a cada caso concreto.

La selección de medidas es una empresa de primer orden en importancia, porque de su correcta adecuación dependerá el éxito o fracaso de la nueva práctica penal, debiéndose tomar en cuenta factores psíquicos, biológicos y sociales.

-
- (275) En México existen muchos jueces que, concientes de su responsabilidad social y sabedores de que la prisión es muchas veces un daño inútil y exagerado, imponen la sanción mínima que la individualización legislativa les permite. Sin embargo la prisión, aunque reducida en duración, estigmatiza indefectiblemente al interno y se convierte en una experiencia de la que difícilmente se vuelve para llevar una vida normal en libertad. Al señalar que la naturaleza de la actual sanción penal es eminentemente expiatoria, no me refiero a la intención que puedan tener los jueces al dictar sus sentencias, sino al carácter que le imprime la Ley Penal en su conjunto y la realidad penitenciaria mexicana.

Es conveniente enfatizar que los estudios de estas áreas del conocimiento han alcanzado en la actualidad un alto grado de desarrollo y especialización, por lo que deben estar a cargo de un Consejo Técnico-Criminológico con carácter interdisciplinario, el que no solamente deberá dedicarse al estudio integral del procesado, como actualmente se hace en los reclusorios del D.F., sino que propondrá el tratamiento concreto - que habrá de destinarse a cada delincuente.

Esta limitante a la atribución ya tradicional que el juez - tiene para imponer la sanción penal, debe entenderse como un resultado de la especialización de las áreas del conocimiento, tan necesaria si se toma en cuenta el desarrollo y amplitud de cada una de ellas.

La actuación del juez, con una sólida preparación en Derecho, debe circunscribirse al análisis eminentemente jurídico, al estudio en torno de la responsabilidad penal del procesado, permitiéndose que la individualización de medidas penales quede en manos del Consejo Técnico - Criminológico, cuyo estudio interdisciplinario permite esperar una mejor adecuación entre el sujeto en cuestión y las medidas seleccionadas.

Si bien la imposición formal de las medidas penales pertenece jurídicamente a la autoridad jurisdiccional, en apego a -

lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, considero que debe basarse en la opinión del señalado Consejo Británico.

4.3.3. La Nueva Política Criminal.

Sin duda las condiciones socio-económicas y educativas que inperan en el país intervienen como generadores de los fenómenos delincuenciales.

Resocializar a quien ha actuado ilícitamente es hacer de él - un hombre útil, no peligroso.

Para ello es necesario que la sociedad lo dote de los mínimos de subsistencia, que lo provea con un empleo que le reporte ingresos dignos.

En este sentido, y tomando en cuenta que la mayor parte de los delincuentes en México pertenecen a la clase de los marginados, deben adoptarse medidas penológicas que encuentren en el trabajo, ya en libertad, ya en establecimientos cerrados, el camino de la resocialización.

Un gran número de los reos que hoy inundan nuestras saturadas prisiones, condenados a sufrir las consecuencias de tan dañinos establecimientos y a convertirse en sujetos altamente peligrosos, podrían ser readaptados si se les sujetase a medidas del tipo de los "Jail work release-programs", los arrestos de fin de semana o el régimen de prueba, los que aplicados conjuntamente con terapias que impriman en el delincuente rasgos de solidaridad y respeto por los bienes socialmente tutelados, contribuirían a reincorporarlo en la convivencia libre.

Nuestra legislación punitiva debe ser reformada, depurada de los elementos que le imprimen un carácter retributivo, para adoptar las medidas que hemos comentado en el punto 4.2.2. de este trabajo de tesis, en busca de la recuperación de delincuentes con bajos índices de peligrosidad, procurando no hacer trascendentes en sus familias las penas que se impongan a éstos.

En cada caso de individualización de sanciones deben cubrirse los fines de la pena ya analizados, cuantificando cada uno de ellos en función de la personalidad del sujeto concreto.

El complejo proceso de individualización propuesto, del que depende el éxito de la nueva política criminal, debe ser mate

realizado por el Consejo Técnico Interdisciplinario, organismo idóneo para proponer al juez los procedimientos más adecuados a cada caso específico.

Las proposiciones anteriores pretenden modificar principios que han estado vigentes por largo tiempo, pero considero que vale la pena ponerlos en práctica porque tienden, en su conjunto, a satisfacer uno de los objetivos a que deben servir - las estructuras jurídicas: el bienestar de la comunidad.

CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Primera

La conducta criminal ha amenazado la seguridad y estabilidad social desde épocas inmemorables.

El poder público, legitimado para actuar en ejercicio de la legítima defensa social, ha materializado a lo largo de la historia su poder sancionador con diversos instrumentos penales. Sin embargo, el invocar la legítima defensa social no fa culta a la autoridad para cometer actos que signifiquen la - violación de las garantías jurídicas fundamentales.

La pena, cuyos orígenes se pierden en los oscuros días del na cimiento de los primeros grupos sociales y que desde ahí ha iniciado un larguísimo desarrollo, con incontables etapas de estancamiento y no pocas reversiones, con rasgos humanos a ve ces, de brutal expresión otras tantas, ha alcanzado hoy día - un grado de desarrollo que parecería inmejorable para el cri- minal, si se juzga con ligereza.

Cierto es que en las sociedades contemporáneas no subsisten ya las expresiones de inhumana crueldad con que se trató al delincuente en la antigua China, por ejemplo, ni se autorizan las públicas ejecuciones llenas de sadismo tan comunes en la europa medieval. En el momento actual el instrumento penológi- co por excelencia es la pena privativa de libertad, que nació

porque se le consideraba una medida más benigna que los antiguos tormentos -aunque algunos autores señalan que las penas largas de prisión llegan a convertirse en auténtico delirio interminable para el interno, por la dramática existencia dentro de los penales, donde la amenaza física es un compañero más y el terror psicológico forma parte de cada día- pero que ha tenido un desarrollo muy limitado, si consideramos - los enormes cambios que las sociedades han experimentado desde el s. XVI -en que aparecieron los primeros rasgos de la - pena privativa de libertad- o, mas propiamente, desde el s. XVIII -cuando se consolida el período de la readaptación social a través de la prisión- hasta la fecha.

La evolución de las sociedades debe realizarse integralmente. En el caso de México hemos observado profundos cambios en - las condiciones ideológicas, económicas y sociales, pero en el campo de la justicia penal aún conservamos estructuras propias del s. XVIII, que no obstante haber recibido importantes impulsos, sobre todo en los últimos años, mantienen todavía un rezago considerable y traen consigo graves consecuencias que les convierten en medidas socialmente contraproducentes. Considero que en el momento histórico actual es - imperativo insoslayable que se realice, a nivel de principios filosóficos constitucionales, una escala de prioridades de los fines que en nuestro país debe perseguir la pena. -

enarbolando como objetivo fundamental del sistema de justicia criminal a la readaptación social del delincuente, materializando, además, la posibilidad jurídica de cumplir esta elevada meta con medidas mas evolucionadas y eficaces que la prisión.

En observancia de la jerarquización de nuestros ordenamientos jurídicos, la legislación penal secundaria y las estrategias de política criminal deberán adoptar los instrumentos operativos y ejecutivos que se requieran a fin de concretizar la resocialización del delincuente mediante la aplicación de las opciones que ofrecen las ciencias del comportamiento psico-biológico-social del hombre, aglutinadas bajo la visión interdisciplinaria de la criminología.

Segunda

La ilícita detención física de una persona a cargo del Poder Público, se ha traducido en la existencia de la prisión concebida desde dos puntos de vista: con carácter de medida preventiva y como consecuencia material de la sentencia condenatoria.

El primero de los casos ha sido objeto de ataques muy serios porque resuelve el conflicto entre el interés individual sustentado en base al principio de que el sujeto no debe ser mo-

lestado en su libertad sino hasta que haya sido plenamente demostrada su responsabilidad penal- y el llamado interés social -que procura asegurar la presencia del procesado en el juicio y evitar que éste aproveche su libertad para dificultar o hacer imposible la investigación- sacrificando a aquel y originando en consecuencia un abuso en el uso de la prisión preventiva.

Algunas legislaciones extranjeras han optado por decretarla únicamente para casos en que se sospeche fuga, no se tenga domicilio conocido o exista temor fundado de que el procesado destruya las pruebas de cargo o induzca a los testigos a declarar falsamente.

Nuestra legislación, sin embargo, sostiene un criterio menos evolucionado en razón de que parte del estudio abstracto del delito. El derecho a la libertad provisional bajo protesta o bajo fianza o caución, así como el principio de que no deberá ordenarse prisión preventiva para delitos a los que corresponda pena alternativa, se sustentan únicamente sobre la frágil base de la duración de las penas que la individualización legislativa ha destinado a cada conducta tipificada como ilícito penal.

Debemos reconocer que la única función que cumple la prisión preventiva es asegurar la presencia del procesado ante el -

tribunal, evitando su fuga y sujetándolo a todas las consecuencias que se deriven de la sentencia. Por otra parte, - tiene como rasgos censurables el reportar daños biológicos y psíquicos al procesado, afectar su fama pública, desmembrar al núcleo familiar, perjudicar a todos aquellos que dependen económicamente del interno y, sobre todo, el hecho de que no sea una medida preventiva, sino a todas luces represiva y expiatoria. Ante esta realidad debemos preguntarnos ¿es jurídicamente aceptable el hecho de imponer una sanción afectando inclusive a terceras personas sin existir una sentencia - que determine la plena responsabilidad penal del sujeto? - Los argumentos que sostienen la utilización de la medida que se comenta no son suficientes si se les valora en relación - con sus graves inconvenientes.

Propongo que los actuales criterios para sujeción a prisión preventiva, basados en el estudio abstracto del delito, sean sustituidos por medidas como arresto domiciliario, prohibición de asistir a un lugar determinado, otorgar fianza o caución, obligarse a asistir a todas las diligencias judiciales y garantizar el pago de la reparación del daño. Las anteriores pueden ser medidas sustitutivas de la prisión preventiva en los casos en que no se sospeche fuga, se tenga arraigo en un lugar determinado y no exista temor fundado de que el sujeto destruya los rasgos del delito o de que induzca a los testigos a declarar falsamente.

Por lo que se refiere a la pena privativa de libertad, ésta tuvo sus primeras manifestaciones en el s. XVI como la alternativa que a la postre sustituiría las deplorables condiciones penales de la época. La sociedad misma, hastiada de las prácticas penales basadas en la tortura y el terror, encontró en la prisión al instrumento que las humanizara, satisfaciendo un creciente reclamo nacido de la evolución ideológica de los pueblos.

No puede negarse el avance penológico manifestado por la adopción de la medida penitenciaria hace cuatro siglos. Marcó el principio de la humanización penal. El simple almacenamiento de personas entre los muros carcelarios se prefirió por encima de una amplísima gama de inútiles tormentos hasta entonces utilizados, en un acto de comprensión por la realidad del delincuente, y de reconocimiento de la dudosa efectividad preventiva de los métodos más violentos y atemorizantes. La aplicación de una medida que teóricamente perseguía la corrección del delincuente, implementó a la enciclopedia de justicia criminal, por primera vez en la historia, con elementos de verdadera utilidad social.

La pena privativa de libertad ha tenido la responsabilidad de cumplir con dos fines esencialmente distintos: Los enunciados de la Escuela Clásica del Derecho Penal le confiaron la función de castigar al delincuente. "La pena debe ser pro

porcional al ilícito cometido" decían, inspirados por un afán eminentemente vindicativo.

Posteriormente se intentó utilizar a los establecimientos penitenciarios como instrumentos de readaptación social del criminal, concediéndoles fines mas amplios, complejos y contradictorios. Tal es el caso del México actual, en que las malas condiciones de programación, operatividad y arquitectura de cada establecimiento en concreto, así como la naturaleza misma de esas casas del temor y la degradación, imposibilitan el cumplimiento de la elevada misión resocializadora y les convierten en instrumentos penológicos socialmente contraproducentes.

Tercera

Los establecimientos penitenciarios manifiestan su franco estado de crisis por los rasgos negativos y las consecuencias que acarrearán a partir de tres puntos de vista:

- a) Físico.- Las malas condiciones arquitectónicas y alimenticias en gran parte de las cárceles mexicanas, provocan trastornos en la salud de los internos. La contaminación a que están expuestos, las condiciones insalubres en que permanecen, la deficiente atención médica que se les presta y la frecuente adquisición de vicios dentro del penal, redundan en el deterioro del estado físico de los reclusos.

b) Psicológico.- La vida anormal en los establecimientos carcelarios origina desviaciones en el comportamiento, las que se agridizan conforme se alarga la detención. La absoluta separación del mundo exterior contribuye a crear una comunidad carcelaria con usos y costumbres sui-generis que desvían al interno de los principios éticos y morales que lo habilitan para una convivencia normal en libertad. La gradual "prisonalización" imprime en el sujeto rasgos que indefectiblemente lo conducen a la maduración de una personalidad criminal, provocada también por el aprendizaje del crimen y la formación de asociaciones delictuosas.

La monotonía de la vida y la carencia de estímulos para buscar la superación provocan un ambiente de apatía y letargo que reduce los intereses del individuo hasta ministrarlos a niveles primitivos y elementales, deformando la concepción de la realidad en procesos continuamente irreversibles.

Está ampliamente probado que los internos continuamente son afectados por daños psicológicos serios como la "neurosis" y "psicosis carcelaria", caracterizados por estados de depresión psicológica, debilidad intelectual, debilitamiento de la personalidad, automatismo pernicioso, frecuentes accesos de ansiedad y exaltación traducibles en agresividad, y, en el segundo caso, por alucinaciones, delirios sistematizados,

disminución de memoria y, en general, rompimiento con la realidad.

Por otra parte, el aislamiento sexual contribuye al desarrollo de desviaciones como el fetichismo, el exhibicionismo y la homosexualidad.

c) Social.- La imposición de la pena privativa de libertad conduce a situaciones que trascienden y afectan a los núcleos familiares del interno y a la sociedad en general.

La detención de un padre de familia necesariamente provoca una profunda desestabilidad en el núcleo familiar, - principalmente por la pérdida del apoyo económico.

Por otra parte, la posterior reincorporación del reo a la vida libre, seguramente convertido en un sujeto desviado y más peligrosos, expone a la comunidad a la comisión de nuevos ilícitos.

La prisión no solamente no cumple con la responsabilidad de resocialización que le ha sido encomendada, sino que además, paradójicamente, produce efectos lesivos en el interno y lo convierte en un ente peligrosamente expuesto a la reincidencia.

Cuarta

Dada la dramática realidad penitenciaria descrita, es imprescindible la adopción de nuevas medidas penales que reporten mayor utilidad social y que permitan cumplir con los fines de la pena.

Existe una importante tendencia de carácter internacional dirigida hacia la utilización de instrumentos penológicos aplicables en libertad, a fin de evitar la negativa práctica penitenciaria.

En México podemos aprovechar las experiencias realizadas adecuando esos nuevos instrumentos penológicos a nuestra realidad socio-económica.

Quinta

Algunos autores han manifestado que el sistema de readaptación social en México actualmente está integrado por el tradicional tratamiento en prisión y por el tratamiento en libertad, materializado en la aplicación de la condena condicional y la libertad preparatoria.

Sin embargo las señaladas instituciones penales mexicanas, si bien han contribuido a aliviar en alguna medida la excesiva utilización de la prisión, no pueden considerarse como me

didas de tratamiento resocializante en libertad, en razón de los siguientes hechos:

El interés que promovió la adopción legislativa de las medidas en cuestión obedeció a una preocupación por disminuir los dañinos efectos carcelarios. Se pretendió eximir de esta gravosa pena a cierta categoría de delinquentes (mediante la condena condicional) y acelerar la liberación de otros tantos (a través de la libertad preparatoria).

Este intento por disminuir la criticable influencia penitenciaria sobre el reo no ha sido capaz, sin embargo, de proporcionar los recursos que el sentenciado requiere para lograr su readaptación. Ni la condena condicional ni la libertad preparatoria se han consolidado como medidas de tratamiento en libertad porque se han entendido como simples "beneficios" por los que el reo permanece en libertad, pero que no contribuyen a su eficaz reintegración a la comunidad.

Por otro lado, los criterios para la concesión de las medidas comentadas son inapropiados, en razón de que parten de razonamientos eminentemente vindicativos y de un estudio abstracto del delito, y no de la concepción bio-psíquica y social del hombre criminal.

Sexta

El establecimiento cerrado cumple todavía una importante función social, ya que mantiene aislados a criminales de alta peligrosidad cuya liberación sería un riesgo para la comunidad; en estos casos la privación de libertad debe subsistir en atención a criterios de seguridad social y necesidades de tratamiento a largo plazo, pero no con los fines expiatorios clásicos.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una importante categoría de delinquentes -para quienes la pena privativa de libertad resulta especialmente gravosa- que requieren medidas esencialmente distintas a la prisión que, sin dejar de proteger a la sociedad, actúan positivamente propiciando su readaptación.

Propongo la adopción de las siguientes medidas en el sistema de justicia criminal mexicano: La semi-libertad, los arrestos de fin de semana, el trabajo obligatorio en libertad, - los "días multa", el confinamiento, el arresto domiciliario, la sumisión a la vigilancia de las autoridades, prohibición de residir en un punto determinado, las inhabilitaciones, medidas de tratamiento médico y educativo y la probation.

Debemos tomar en cuenta que los crímenes cuantitativamente más importantes en México son patrimoniales y de violencia;

los factores criminógenos que actúan para la comisión de estos ilícitos son principalmente de naturaleza socio-económica y educativa, y la gran mayoría de los delincuentes pertenecen a las clases marginadas.

La criminalidad de violencia (utilización ilegítima, de la fuerza) y la criminalidad económica (apropiación ilegítima, destrucción o deterioro de los bienes ajenos) son consecuencia inequívoca de las deficientes condiciones socio-económicas y educativas mexicanas. Las medidas penológicas propuestas pueden ser de elevada utilidad social en razón de que tienden a modificar la realidad socio-económica y educativa del delincuente.

Séptima

La legislación penal vigente para el D. F., con competencia para el ámbito federal -cuyos principios y tendencias generales conservan el resto de las legislaciones homólogas de la República- resulta ineficiente en la búsqueda de la readaptación social del delincuente, en razón de su naturaleza eminentemente vindicativa y de su fundamento en el estudio abstracto del delito.

Octava

Las medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad propuestas en el punto seis pueden ofrecer excelentes resultados en la práctica penal mexicana si los criterios de individualización son adecuados.

El desarrollo de las ciencias de la Medicina, Psiquiatría, - Psicología y Sociología, integradas en la visión interdisciplinaria de la Criminología ponen al alcance de las instituciones penales técnicas y procedimientos que permiten realizar el estudio de personalidad del hombre criminal y pueden ofrecer una opinión especializada y confiable en la selección de las medidas penológicas idóneas que deben imponerse a cada delincuente en busca de su readaptación.

La tarea de individualización judicial tiene una importancia mayúscula para una eficaz práctica penológica. Los criterios para la conveniente selección de las medidas penales deben basarse en los conocimientos y experiencias de ciencias complejas cuyo objeto de estudio es el hombre concebido como ente bio-psico-social.

Pues bien, considero que el juez, con una sólida preparación en Derecho, debe delegar el estudio y aquillatación científica de información propia de otras áreas del conocimiento con un grado de desarrollo considerable, como son la Medicina, Psí-

ciencia, Psicología y Sociología, a un organismo especializado.

Opino que la autoridad jurisdiccional, investida de imperio para ejercitar su atribución Ius dicere, debe basarse en la opinión del Consejo Técnico-Criminológico al elegir, individualizando, las medidas penológicas idóneas a cada delincuente concreto.

Esta variante a las tradicionales facultades de la autoridad judicial debe entenderse como un resultado de la necesidad de especialización en las áreas del conocimiento, dada la profundidad y complejidad de cada una de ellas, y considero que de concretizarse legislativamente contribuiría a consolidar una práctica penal mas saludable, de mayor calidad técnica y con posibilidades de brindar mejores resultados.

BIBLIOGRAFIA, HEMEROGRAFIA Y LEGISLACION

- Alvarado Alpizar, Samuel El Problema de la Criminalidad en el Distrito Federal. Tesis Profesional. E.N.E.P. Acatlán, UNAM. México, 1981.
- Angeles Contreras, Jesús Compendio de Derecho Penal. Textos Universitarios, S.A. México, 1969.
- Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. U.T.H.E.A. Argentina, 1960.
- Beccaria, Césare. De los Delitos y de las Penas. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1955.
- Becerra Bautista, José Los Principios Fundamentales del Proceso Penal. Editorial Jus. México, 1947.
- Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1944.
- Berchelmann Arispe, Antonio "El Tratamiento en Libertad - en el Sistema de Readaptación Social Mexicano." Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III, Núm. 3. Julio 1979-Junio 1980. México.
- Beristain, Antonio "Los Fines de la Pena". Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Penal, U.N.A.M. No. 22, Sept.-Oct. de 1967.
- Bettiol, Giuseppe Derecho Penal. Editorial Temis. Bogota, 1965.
- Biblia, La Santa. Sociedad Bíblica Americana. U.S.A.

- Bolaños, Laura "Carcel "Modelo" del Estado de México, El Universal. 21 de -
Febrero de 1981. Primera Sec -
ción.
- Brydensholt, H.H. "Crime Policy in Denmark". Cri
me and Delinquency. A publica -
tion of The National Council -
on Crime and Delinquency. Volu -
me 26, No. 1. Jan. 1970. New -
Jersey, 1980.
- Bueno Arús, Francisco Apuntes de Sistemas y Trata -
mientos Penitenciarios. Insti -
tuto de Criminología, Universi -
dad de Madrid. Sin fecha.
- Carrancá y Rivas, Luis "La Desorganización Penitencia
ria en México". Criminalia. -
Año XXXIII, No. 3. México, -
1967.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y
Carrancá y Rivas, Raúl Código Penal Anotado. Editó -
rial Porrúa, S.A. México, 1976.
- Carrancá y Trujillo, Raúl Derecho Penal Mexicano. Editó -
rial Porrúa, S.A. México, 1977.
- Carrancá y Trujillo, Raúl Principios de Sociología Crimi
nal y Derecho Penal. Imprenta
Universitaria. México, 1955.
- Carrara, Francesco Programa de Derecho Criminal.
Editorial Temis. Bogotá, 1975.
- Ceniceros, José Angel Trayectoria del Derecho Penal
Contemporáneo. Ediciones Bo -
tas. México, 1943.
- Código de Procedimientos Pena
les. Editorial Porrúa, S.A. -
México, 1977.
- Constitución Política de los
Estados Unidos Mexicanos.
- Cortés Ibarra, Miguel Derecho Penal Mexicano. Editó -
rial Porrúa, S.A. México, -
1971.

- Costa, Fausto El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. - U.T.E.H.A. México, 1953.
- Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal. Bosch, Casa - Editorial. Barcelona, 1971.
- Cuello Calón, Eugenio La Moderna Penología. Casa - Editorial Urqel. Barcelona, - 1974.
- Eriksson, Thorsten Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1964.
- Foucault, Michel "Problemas Relacionados con la Reforma del Tratamiento de la Delincuencia." Criminalia. Año XXIX. México, 1963.
- Frfas Caballero, Jorge Vigilar y Castigar. Siglo XXI Editores, S.A. México, 1968.
- Fuente Muñiz, Ramón de la "Las Penas de Multa y las Penas Cortas Privativas de Libertad". Criminalia. Año XXVI. Noviembre de 1960. México.
- García Basalo, Juan Carlos Psicología Médica. Fondo de - Cultura Económica. México, - 1975.
- García Ramírez, Sergio "¿A Dónde va la Prisión?". Revista Mexicana de Ciencias Penales. Año III. Julio de 1978 - Junio de 1980. No. 3. México, 1980.
- García Ramírez, Sergio "El Centro Penitenciario del Estado de México." Criminalia. Ediciones Botas. Año XXXIV, Mayo de 1968. México.
- García Ramírez Sergio "La Política Penitenciaria del Gobierno Federal". Memorias del 5o. Congreso Nacional Penitenciario. Secretaría de Gobernación. México, 1975.

- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, - 1978.
- "La O.N.U.: Dilema a los veinticinco años". Publicaciones del Centro de Estudios Internacionales. El Colegio de México. México, 1970.
- Leclercq, Jacques Derechos y Deberes del Hombre. Biblioteca Herder. Barcelona, 1975.
- Ley que establece las Normas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Oficina de Publicaciones Didácticas de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. - México, 1975.
- López Vergara, Jorge "Crisis de la Prisión". Derecho Penal y Criminología. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1979.
- López Vergara, Jorge "Introducción al Estudio de la Criminología". Revista Mexicana de Derecho Penal. Quinta Época. Julio-Diciembre de 1978. México.
- Marcó del Pont, Luis Penología y Sistemas Carcelarios. Tomo I. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1974.
- Mezger, Edmundo Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.
- Newman, Elías. Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios. Ediciones Panne-dille. Argentina, 1971.

- Newman, Elías Prisión Abierta. Ediciones - De Palma, Buenos Aires, 1962.
- Pavón Vasconcelos, Francisco Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.
- Peña Cabrera, Raúl "Influencias del Ambiente - Carcelario en la Personalidad del Delincuente". Criminología. Año XXIX. 30 de Junio de 1966.
- Piña y Palacios, Javier. "Situación de las Prisiones en México". Criminalia. Ediciones Botas. No. 4. Abril - de 1961. México.
- Preciado Hernández, Rafael Lecciones de Filosofía del - Derecho. Editorial Jus. México, 1970.
- Puig Peña, Federico Derecho Penal. Ediciones Nau ta, S.A. España, 1959.
- Ramos Pedrueza, Antonio "De las Penas en General". - Criminalia. Año XXVII. No. - II. Noviembre de 1961.
- Rico, Jose M. Crimen y Justicia en América Latina. Siglo Veintiuno Editores. México, 1977.
- Rico, José M. Las Sanciones Penales y la - Política Criminológica Contemporánea. Editorial Siglo Veintiuno. México, 1979.
- Rico, José M. "Medidas Sustitutivas de la Pena de Prisión". Cuadernos Panameños de Criminología. - Universidad de Panamá. No - viembre 1974-1975.
- Rodríguez Manzanera, Luis "Neurosis Carcelaria y Mecanismos de Defensa". Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Penal. U.N.A.M. Noviembre y Diciembre de 1969. México.

- Ruiz Funes, Mariano. La Crisis de la Prisión. Editorial Jesús Montero. La Habana, 1979.
- Sdravomislov, B.V., Shneider, M., Kéline, S. y Rashkovskaia, S. Derecho Penal Soviético. Editorial Temis. Bogotá, 1970.
- Seeling, Ernest. Tratado de Criminología. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958.
- Smith, Juan Carlos "El Desarrollo de las Concepciones Jusfilosóficas". Revista Mexicana de Derecho Penal. No. 6, Tercera época. - Nov.-Dic. de 1965. México.
- Tavira y Noriega, Juan Pablo de y López Vergara, Jorge Diez Temas Criminológicos Actuales. Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México, 1979.
- Tavira y Noriega, Juan Pablo de La Pena y los Principios Jurídicos Fundamentales. Tesis Profesional. Escuela Libre de Derecho. México, 1975.
- Villalobos, Ignacio Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1975.
- Villoro Toranzo, Miguel Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. - México, 1966.
- Wenzel, Hans Derecho Penal. Roque De Palma Editor. Buenos Aires, 1965.