

189
2Ej

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**"ANALISIS DE LA PRISION DESDE UN
MARCO POLITICO CRIMINOLOGICO"**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GLORIA HERNANDEZ GUTIERREZ

ASESOR: LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO;

AGOSTO 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A DIOS por haberme
permitido llegar a donde
ahora me encuentro**

A mi mamá:

MAIRA GUTIERREZ GARCIA

**por eso que siempre sacrificó por
nosotros sus hijos y sobre todo por haberme
dado la vida. Muchas Gracias**

A mi papá

JESUS HERNANDEZ PALACIOS

**Por su apoyo y confianza ya que sin eso
este momento nunca hubiera sido posible.**

Muchas Gracias

A mi hermana
LAURA por todos los buenos
momentos que juntas compartimos
Gracias

A mis hermanos Coco y Güero
Por haber estado conmigo en todos
los momentos de la vida. Gracias.

Al Lic. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS
por su brillante asesoría y dirección
en la elaboración del trabajo.

Gracias

A la Universidad por haberme permitido
estar en sus aulas ya que sin eso no hubiera sido
posible cursar una carrera profesional

GRACIAS

Al C. Juez Quinto Penal
Lic. LEOBARDO NIGUEL MARTINEZ SORIA
Por su ayuda, apoyo y confianza

Mil Gracias

***Gracias por todos esos momentos que
en mi vida han representado el amor,
la ternura, la comprensión y el apoyo***

INDICE

ANALISIS DE LA PRISION DESDE UN MARCO POLITICO CRIMINOLOGICO

INTRODUCCION

I. MARCO TEORICO E HISTORICO DE LA PRISION EN MEXICO.

1.- DERECHO PENAL	1
1.1 SISTEMAS PENALES	5
- VICARIAL	5
- MONISTA	5
1.2 FUNCION	8
2.- SANCIONES PENALES	9
3.- TIPOS DE PRISION	12
3.1 PREVENTIVA (FUNDAMENTOS)	12
3.2 PENA (FUNDAMENTOS Y TEORIAS)	15
4.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRISION EN MEXICO.	18

II. ANALISIS JURIDICO DE LA PRISION

1.- FUNDAMENTO LEGAL EN EL SISTEMA JURIDICO PENAL MEXICANO	24
2.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES	26
3.- EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO	34

4.- FUNCION Y FACULTADES EN LA ETAPA JURISDICCIONAL.	39
5.- FUNCION Y FACULTADES DEL JUEZ PENAL	42
6.- PRISION PREVENTIVA	47
6.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES	47
6.2 FUNDAMENTOS PROCESALES	49
7.- INDIVIDUALIZACION DE LA PENA	50
7.1 MARCO LEGAL	51

III. ANALISIS CRIMINOLOGICO DE LA PRISION

1.- GENESIS DE LA PRISION	57
2.- FIN DE LAS PENAS	60
3.- LA CORRIENTE POSITIVISTA DE LA CRIMINOLOGIA	62
3.1 DIRECCION ANTROPOLOGICA	64
3.2 DIRECCION PSICOLOGISTA	68
3.3 DIRECCION CLINICA	72
4.- LA CORRIENTE CRITICA DE LA CRIMINOLOGIA	74
5.- CONCEPTOS USUALES DE LA OPERACION DEL SISTEMA PENAL	76
5.1.- CONCEPTO DE PELIGROSIDAD	77
5.2.- PRONOSTICOS DE CONDUCTA	79
5.3.- EL TRATAMIENTO CARCELARIO	81

IV CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DE LA PRISION

1.- EL DERECHO PENAL COMO INSTITUCION DE CONTROL SOCIAL	87
2.- LA EVOLUCION DE LAS PRISIONES	94
3.- MANEJO DE CONCEPTOS "PELIGROSIDAD-CULPABILIDAD" EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO	98
4.- EFECTOS DE LA PRISION	103

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo se encuentra dirigido hacia una de las Instituciones que en las materias jurídico criminológicas cuenta con especial interés: La Prisión.

La prisión como forma de privación de la Libertad de determinadas personas se realiza en ejercicio del derecho subjetivo del Estado para imponer ese tipo de sanciones a individuos que realizan ciertos supuestos jurídicos: la comisión de un delito y son responsables por tal hecho.

Para comprender el tratamiento jurídico de tal institución como forma de sanción legalmente establecida, se requiere no sólo analizar los preceptos legales que le dan vida, siendo que eso es un punto de interés para su captación jurídica, empero no engloba los distintos matices que esta institución involucra. Es por ello que no sólo hemos dedicado atención a las formas legales que ésta puede revestir en la práctica, sino también a los distintos fundamentos teóricos que han servido de base para su creación y utilización en la forma en que hoy día la conocemos.

Para su debida concepción no sólo hemos tenido que avocarnos al estudio de las teorías de la pena, sino que en

función de ello se han tenido que distinguir los fundamentos legales, justificaciones y propósitos que la sustentan.

La prisión como instrumento coercitivo utilizado en contra de quienes atacan bienes jurídicamente protegidos por el Derecho Penal es también utilizada y fundamentada en ideas criminológicas, por lo que es menester también conocer las más importantes corrientes de dicha materia que explican su existencia y utilidad, para lo cual también se dedica parte de este trabajo a su estudio incluyendo las ideas radicales de los criminólogos críticos que no sólo critican los fundamentos tradicionales de la criminología y las justificaciones teórico jurídicas de la prisión, sino que representan una crítica en sí al propio Derecho Penal y a la criminología tradicional.

Así pues con el anterior desarrollo del trabajo se procura evidenciar la evolución, el manejo y los efectos que la prisión tiene en nuestro sistema. Lo anterior lo apuntamos por las limitaciones en que nos encontramos al abordar el estudio de la prisión de una forma ambiciosa, sin embargo es precisamente esa visión político - jurídico - criminológica la que da riqueza y mayor objetividad al tópico de estudio, puesto que debemos decir también que analizar a la prisión desde una sola perspectiva de los apartados, conlleva una limitación sistemática y metodológica de su concepción y posibilidades de manejo.

Así pues, ante una observación de la naturaleza multidisciplinaria que proponemos, estamos conscientes de la problemática que ello implica por el manejo de ideas propias de disciplinas criminológicas y político criminales altamente especializadas y diferenciadas entre sí, presentando posturas teóricas que en el medio de los dedicados al estudio del crimen (desde cualquiera de sus ópticas) implican serios y acalorados debates.

CAPITULO I.- MARCO TEORICO E HISTORICO DE LA PRISION EN MEXICO

En la primera parte de este trabajo se pretende hacer una presentación Teórica - Conceptual e histórica del Derecho Penal, sus elementos constitutivos como son el Delito, la pena y la medida de seguridad.

Así también se procuran resaltar sus funciones en atención a su acción reguladora de conductas y coercitiva. Siendo que precisamente en torno a ese carácter coactivo (o represivo) se denotan los instrumentos de los cuales hecha mano para cumplir esa función reguladora de conductas. Atendiendo a ello es que tomando en cuenta ese conjunto de medidas (penas - medidas de seguridad) se resaltan las principales posturas teóricas sobre los fundamentos de tales instrumentos legales.

1.- DERECHO PENAL.

El Derecho Penal se define como: una rama del Derecho Público que se encarga de regular las relaciones entre los Individuos, que están dirigidas a las conductas que atacan, o, afectan los bienes jurídicos que son considerados como los más elevados para la mayoría de los integrantes de la sociedad como lo son: LA VIDA, LA LIBERTAD (tanto deambulatoria como sexual y de otra naturaleza).

La forma en que el Derecho Penal regula las relaciones entre los individuos, es a través de la facultad coercitiva del Estado como lo es el establecimiento de Delitos, los cuales se encuentran señalados en la legislación sustantiva correspondiente la descripción de conductas; y como ejemplo podemos señalar "comete el delito de Homicidio: el que priva de la vida a otro" (artículo 302 del Código Penal vigente para el Distrito Federal).

Así también se encarga del establecimiento de las sanciones como consecuencias legales de las conductas, para lo cual dentro de la propia legislación penal se señalan las sanciones y márgenes de éste como por ejemplo: "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional y que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión"(artículo 307 del Código Penal vigente para el Distrito Federal).

En la Doctrina Judicial Penal encontramos diversas concepciones del Derecho Penal, siendo las más comunes las siguientes:

a) Como "el conjunto de normas jurídicas, Derecho Público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social". (1).

b) También se le defino como: "un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica

(1).- Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general. tercera edición.* Editorial Porrúa S.A. México 1974, p. 11.

finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tiene por medio de la sanción o el castigo, por la manera formal en que se aplica y por su tendencia a una fundamentación más racional de la misma". (2).

c) De igual forma a la expresión "Derecho Penal" se designan conjunta o separadamente - dos entidades diferentes:

1) El conjunto de leyes penales, es decir, la legislación penal;

2) El sistema de interpretación de esa legislación, es decir, el saber del Derecho Penal, entendiendo por Legislación Penal.- El conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama "delito" y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.

En el segundo sentido, Derecho Penal, saber del Derecho Penal es el sistema de comprensión (o de interpretación) de la legislación penal. (3).

d) Por último también es definido como un "conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la

(2). - Bacigalupo Enrique. *Manual de Derecho Penal, parte general, segunda edición, Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá Colombia, p. 1.*

(3). - Saffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, parte general S/E. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1991, pp. 41 y 42.*

infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". (4)

Materialmente al Derecho Penal lo podemos encontrar en la legislación penal, es decir, en el conjunto de cuerpos legislativos de la materia, y en el sistema de interpretación de esas leyes, que es la doctrina penal y lo encontramos en el conjunto de obras que al respecto se han elaborado.

Como podemos observar con lo expuesto hasta el momento, en los diversos conceptos que se han citado con antelación, los mismos cuentan con un elemento común, que lo es la regulación de la conducta de los individuos, así como el establecimiento del término "delito", el cual ha sido definido por los doctrinarios como: toda aquella conducta humana exteriorizada, mediante la cual se contraviene alguna norma de Derecho previamente establecida, y que como consecuencia tiene que ser aplicada una pena o medida de seguridad previamente establecida y que puede ser aplicada sólo en casos concretos.

En tanto que delito legalmente es según el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal: "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En tales condiciones podemos mencionar que el Derecho maneja dos supuestos de sanciones como lo son: las penas y las medidas de seguridad, mismas que han sido establecidas en el ordenamiento jurídico y las cuales se han definido como:

(4).- Cfr. Jiménez de Asua, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Pedagógico Iberoamérica. México 1995. p. 2.

a) Penas: Son respuestas al delito cometido.

b) Medidas de Seguridad: Son respuesta a la peligrosidad de un sujeto.

1.1 SISTEMAS PENALES.

Todo sistema penal tiene formas de reaccionar en contra de los sujetos que cometen determinadas conductas que se consideran atentatorias de los valores fundamentales para la sociedad, esa reacción no siempre es la misma, ni de la misma naturaleza, por un lado puede ser una reacción que constituya una pena propiamente dicha, o, bien por otro lado, puede tratarse de una reacción estatal que constituya una medida de seguridad propiamente dicha, y de ahí, que de acuerdo a la forma de reaccionar por parte del estado respecto de esos sujetos, es que podemos distinguir los diferentes sistemas de reacción punitiva del Estado a través del Derecho.

De tal suerte que podemos distinguir diferentes sistemas:

1) Es el que se basa en la aplicación de ambas formas de reacción estatal (penas y medidas de seguridad) que en la doctrina se conoce como Sistema VICARIAL de Justicia Penal.

2) Es el que se basa en la aplicación de una sola de las formas de reacción (penas o medidas de seguridad) que sería el que en la doctrina se conoce como Sistema MONISTA de Justicia Penal.

Así las cosas, podemos advertir que al estudiar las formas de reacción Penal del Estado Mexicano se evidencia la existencia de un sistema VICARIAL de Justicia, se observa en el artículo 24 del Código Penal, el cual a la letra dice: " Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en Libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de imputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- Derogado.
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.- Publicación especial de sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.

17.- Medidas tutelares para menores.

18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito."

Como podemos observar, nuestro sistema legal contempla varios tipos de sanción, como lo son las medidas de seguridad y la pena privativa de libertad (prisión) debiendo utilizarse unas y otras en la aplicación de sanciones a los delitos, dependiendo de la gravedad de los mismos; ya que si contáramos con un sistema penal que sólo contemplara unas (medidas de seguridad), u otras (pena privativa de libertad) muchas veces no serían adecuadas al momento de individualizar una sanción determinada dependiendo del grado de peligrosidad del sujeto, ya que no siempre son suficientes las medidas de seguridad para la reintegración a la sociedad de un individuo, y la pena privativa de libertad algunas veces se excedería si se toman en cuenta las condiciones y circunstancias de ejecución de los delitos, (como lo es el caso de los delitos culposos). Razón por la cual el mismo Código Penal, ha establecido como sanciones no sólo la privativa de libertad, sino que también establece una serie de medidas de seguridad y sustitutivos para la pena de prisión, las cuales resultan un adecuado castigo para los sujetos que han delinquido, siendo igualmente una forma de controlar la sobrepoblación en los Centros de Readaptación Social (prisiones). Contemplando también otros tipos de penas como lo es la multa, las cuales se

aplican en los delitos que la misma ley prevee, tomando en cuenta la naturaleza del ilícito.

1.2 FUNCION.

Una vez que hemos establecido lo que es el Derecho Penal de acuerdo a los conceptos que han sido elaborados por algunos de los estudiosos de la materia, así como la aplicación material que el mismo tiene, podemos establecer en ese mismo orden de ideas que la función que el Derecho Penal tiene en nuestro sistema legal es principalmente la salvaguarda de los bienes jurídicos tutelados por las normas de Derecho que han sido creadas por el legislador, teniendo como bienes jurídicos los que han sido establecidos en el ordenamiento legal previamente por éste; contra actos que los pongan en peligro o los lesionen, para de esta manera poder mantener un mejor control social.

Así pues, podemos concluir que la función del Derecho Penal en nuestro concepto, es la regulación de conductas humanas a través del uso por parte del Estado de su facultad coercitiva.

Y podemos señalar que la Facultad Coercitiva del Estado, es la posibilidad de imponer por la fuerza sus determinaciones aún contra la voluntad de los gobernados.

2.- SANCIONES PENALES.

Al respecto podemos señalar que jurídicamente la sanción se manifiesta como la consecuencia jurídica desfavorable que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado, igualmente por sanción se entiende que es un sinónimo de "pena" ó "represión".

Las sanciones penales en general, podemos clasificarlas de la siguiente manera:

A) SANCIONES CORPORALES: que son aquellas que recayendo sobre el cuerpo del condenado, lo priva de la vida o le producen un sufrimiento o dolor físico. Entre ellas destacan las pena de muerte, mutilaciones, azotes, palos (las cuales en nuestra legislación se encuentran prohibidos, según lo dispone el artículo 22 Constitucional). (*)

B) SANCIONES QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD INDIVIDUAL: Dentro de este grupo podemos mencionar: la prisión, relegación, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado o residir en él.

"C) SANCIONES PECUNIARIAS: Se reconocen como sanciones pecuniarias, la multa, la reparación del daño, pérdida de los instrumentos del delito, destrucción de cosas

(*).- Artículo 22 Constitucional "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la patria".

nocivas o peligrosas y publicación especial de sentencia derivada de la reparación del daño."(5)

D) **SANCIONES CONTRA EL HONOR O CONTRA CIERTOS DERECHOS:** Que son aquellas que como su mismo nombre lo indica, tienden a privar al delincuente de determinados derechos como consecuencia de la indignidad o incapacidad para ejercerlos.

De lo anterior podemos inferir, que las sanciones penales se dividen en penas y medidas de seguridad, y en nuestro sistema legal se desprende lo anterior de lo establecido por el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal.

Asimismo podemos señalar que en relación a la Pena, ésta se entiende como la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernardo de Quiroz). El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez infringe al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von List).

Y en nuestro concepto la Pena es: la imposición de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los Ciudadanos, de igual manera, la pena significa sufrimiento a través del cual los individuos que han infringido alguna disposición legal deben pagar por dicha violación.

(5).- Castellanos Yena, Fernando, *Lineamientos Elementos del Derecho Penal, Parte General*, Décimo Quinta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1981, p 307.

En tanto que las medidas de Seguridad son tratamientos que no responden a los mecanismos de conminación legal, norma imperativa e infracción; la función genérica de toda medida de seguridad es la prevención especial, a las distintas clases de medidas corresponden funciones específicas así las medidas de seguridad cumplen la función de resocialización. Las medidas de seguridad recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica.

En nuestro sistema legal como hemos observado, se establecen en el ordenamiento jurídico dos tipos de sanciones las cuales son las penas propiamente dichas y las medidas de seguridad, lo que se desprende del artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual ya ha sido mencionado con anterioridad.

Fernando Castellanos Tena señala: "que se han elaborado diversas doctrinas para servir de justificación a la pena, y al respecto señala las teorías Absolutas, las teorías Relativas y las teorías Mixtas. De igual manera señala que los fines de la pena son: para Cuello Calón aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la

ejemplaridad, paternizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley."(6)

3.- TIPOS DE PRISION.

La Prisión ha sido definida como: Uno de los fundamentales peros que restringen la Libertad, consistente en la internación del reo a consecuencia del delito cometido, en establecimientos especiales por tiempo precisamente determinado en la sentencia respectiva.

La prisión afecta la libertad de tránsito, libertad ambulatoria, sin embargo el quebranto a tal bien, se justifica plenamente en el fin social que persigue: represión y prevención de la criminalidad y rehabilitación del delincuente.

En cuanto a los tipos de prisión vemos que el párrafo primero del artículo 18 Constitucional señala: "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados"

3.1 PRISION PREVENTIVA.

Si el Derecho Penal utiliza como instrumento bastante recurrido la prisión, ese instrumento tan utilizado por el sistema penal, tiene dos formas básicas de utilización, una de ellas es la privación de la libertad de los individuos o aprisionamiento de éstos de manera provisional y

(6).- *Ibidem* p. 300

preventivamente al encarcelamiento que se dispone para el tipo de delito por el cual son encausados, ésta reclusión preventiva se origina desde el momento en que el individuo es capturado y puesto a disposición de la autoridad, ya sea ante el Ministerio Público o sea ante el propio Juez y culmina generalmente con la concesión de la Libertad Provisional o la sentencia definitiva de la causa.

Si bien la prisión en la Enciclopedia Jurídica tiene fundamentos teóricos como pena propiamente dicha, cuando se trata de encarcelamiento sin sentencia en la que se declare la existencia de delito y delincuente, no se han desarrollado teorías o justificación política para la existencia de este encarcelamiento preventivo, (ya que ninguna teoría que se desarrollara al respecto sería válida en un plano de legitimidad, ¿porque tiene el Estado derecho a disponer el encarcelamiento de una persona, cuando no se ha acreditado que haya delito ni delincuente?).

Quizá las justificaciones más frecuentes sobre el uso de la prisión preventiva, sean las siguientes:

- 1) El evitar que un probable delincuente se evada de la acción de la justicia.
- 2) El proteger a la sociedad de un probable delincuente.

En tal virtud ante la comisión de un hecho delictivo, al sospechoso o autor de éste, la práctica del sistema penal ha

denotado históricamente la preferencia del Estado por el encarcelamiento de los sujetos en tanto se averigua y constata legalmente, si el hecho es delito o no, y si éste es responsable o no de su comisión, ante tal práctica carcelaria del Estado ha instrumentado Instituciones destinadas expresamente al confinamiento de personas sospechosas de haber realizado un ilícito penal. En el Distrito Federal existen tres Instituciones Carcelarias de esta índole, que incluso en su designación institucional denominan su naturaleza (Reclusorios Preventivos).

Por todo ello y atendiendo básicamente a las justificaciones de su existencia y aplicación, prevenir la evasión del sujeto o prevenir daños futuros ocasionados por éste es que este tipo de medida estatal (encarcelar a los sospechosos del delito) constituye en sí una medida preventiva que se distingue de manera nitida del encarcelamiento o prisionalización que se impone como una pena, cuyos fundamentos por la naturaleza misma de ésta son totalmente distintos a los de la prisión preventiva, aunque en la realidad una: la prisión preventiva tenga muy poca diferencia o ninguna, de la otra: prisión como pena, siendo que para algunos tratadistas se trata del mismo fenómeno, pero con distintas etiquetas jurídicas.

3.2 PRISION COMO PENA.

En relación a la Prisión como Pena, vemos que han sido elaboradas diversas teorías, tales como:

A) TEORIAS ABSOLUTAS. Para estas teorías, la pena será legítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, será aquella que produzca al autor un mal (disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.

La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil.

Este modelo de justicia que es conocido también como retributivo, el cual tiene su sustento en bases filosóficas tomadas de las ideas de Kant y Hegel, y en ellas la justa retribución del mal ocasionado, en un sentido talonario, era el fin de la pena, y esta se concebía como la reafirmación del derecho al ser la negación de la negación del derecho.

Así pues la pena es proyectada hacia el pasado, persiguiendo un fin reparador de lo ocurrido y su fin es restablecer el orden social, fundamentándose en la culpabilidad, figura que presupone la responsabilidad moral del

autor de un delito, la que obviamente se basa en el libre albedrío de éste.

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente que:

- a) Carecen de un fundamento empírico; y
- b) Que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de la pena es puramente ficticia, porque en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito. (7)

B) TEORIAS RELATIVAS. Procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena.

El representante más caracterizado de las teorías preventivo generales es Feuerbach, quien sostuvo que era "una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias".(9)

(7). - Citado por Bacigalupo, Enrique, Op Cit., p 13

(8). - *Idea*

La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. Pero ello permite elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave sería el efecto intimidante.

El fundamento de la prevención especial, es siempre el mismo, la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo.

Este criterio está dirigido al delincuente y lo que interesa es su personalidad y el pronóstico de conducta.

C) TEORIAS DE LA UNION. Estas teorías tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. La pena será legítima para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil.

La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad.

Lo anterior permite configurar dos orientaciones diversas de las teorías de la unión.

1) Da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítima

siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa.

2) Distribuye en momentos distintos la incidencia legal de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es útil la pena que opere preventivamente, mientras no supere el límite de la pena justa.

4. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRISION EN MEXICO.

Las Cárceles en la Colonia:

Según las disposiciones de las leyes de Indias, cada ciudad o villa debía tener su propia cárcel. En la Ciudad de México, se tuvieron tres presidios; la Real Cárcel de la Nueva España, ubicada donde se encuentra actualmente el Palacio Nacional o sede del Gobierno Federal, (en pleno zócalo o centro de la Ciudad), la Cárcel de la Ciudad, ubicada en los bajos del Cabildo, para quiénes cometían faltas leves y la Cárcel de Santiago Tlatelolco para delincuentes especiales. Después se construyó la célebre de la Acordada, en lo que es actualmente la Avenida Juárez, entre las calles de Balderas y Humbolt.

SAN JUAN DE ULUA.

En México han funcionado como prisiones las fortalezas de San Juan de Ulúa, en el puerto de Veracruz, que

actualmente se puede visitar como atracción turística, se encuentra rodeado del Golfo México, con gruesas paredes.

Otra fortaleza es la de Perote que actualmente funciona como penitenciaria del Estado de Veracruz, se puede observar un gran foso que la rodea y un puente elevadizo a su entrada.

Además los presos mexicanos eran enviados al Castillo del Morro, en la Habana, donde debían extraer piedras.

En cuanto al Castillo de San Juan de Ulúa, se construyó sobre el islote, al rededor de 1582, con cal y canto. La fortaleza en forma de paralelogramo irregular, en su parte principal, tiene dos torres ubicadas al oriente y al poniente, siendo la primera más grande, con una sala de artillería para defensa del puerto.

Las mazmorras o lugares destinados para celdas, tienen forma de bóveda, con muros de piedra de origen corallario, llamadas madreporas marinas y un espesor de cinco y seis metros. En el techo se filtra el agua, formándose estalactitas y el piso es muy húmedo. El nombre que recibían estas mazmorras como las de purgatorio, la gloria, el limbo, el potro, indican el carácter degradante y de suplicio que tenían para quienes estuvieron detenidos allí.

En cuanto a la cárcel de Perote, para sentenciados, se comenzó a construir en 1763 bajo el reinado de Carlos III y siendo Virrey don Francisco de Croix. El Castillo fue

construido, conforme los planos del Ingeniero Manuel Santiesteban y se destinó para depósitos, almacén de las tropas acantonadas en Jalapa, y como refugio para los casos de invasión o sublevación que hubiere hecho replegarse a las fuerzas españolas.

La estructura del edificio muestra como de máxima seguridad y por no haber sido previsto como cárcel al construirse adolece de numerosos defectos, como ser de ventilación en los llamados departamentos que son enormes celdas para 25 o 30 internos.

Después de seguir la evolución histórica de todos los países de la colonia española, los internos reformistas aparecen en 1848 cuando se realiza el primer concurso de proyectos arquitectónicos para una nueva Penitenciaría. En el año de 1868 los profesores de la escuela de Bellas Artes elaboraron un proyecto que tampoco se concretó.

"El gran avance se logra con la construcción de la penitenciaría de Lecumberri, inaugurada a comienzos de este siglo y que en su arquitectura siguió el sistema panóptico de Bentham".(9)

La construcción de esta prisión comenzó en 1885 por parte del Ingeniero M. Quintana, se previó para 800 varones, 180 mujeres y 400 menores de 18 años, se inaugura con 276

(9) .- Del Pont, Luis Marco. *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1984, p 280.

celdas, el 29 de septiembre de 1900 por el entonces Presidente de la República Mexicana, Porfirio Díaz.

Primero se estrenó como penitenciaría del Distrito Federal y luego quedó como cárcel preventiva, al edificarse la prisión de Santa Marta Acatitla, a las afueras de la Ciudad.

Lecumberri dejó de funcionar como cárcel preventiva, en el año de 1976 al establecerse los nuevos reclusorios del Distrito Federal, denominados Norte, Oriente y sur.

"Lecumberri se llamó Palacio Negro, por las infamias y aprobios que debieron sufrir y padecer sus prisioneros. La coxrupción y los vejámenes tuvieron sus notas características".(10)

La nueva prisión inaugurada en el año de 1958, es la Penitenciaría del Distrito Federal, Santa Marta Acatitla.

La reforma penitenciaria en México comenzó en el año 1964 con la construcción de la cárcel de Toluca, en Almoloya de Juárez, Estado de México. Están separados los procesados y los penados, y hay comunicación directa entre la sección de los primeros y los tribunales de justicia.

Otros reclusorios nuevos son los de Sonora, Aguascalientes, Pacho Viejo (Veracruz), Colima, y Acapulco en

(10). - *Ibidem* - p. 202

el Estado de Guerrero, Guadalajara, Sonora (Hermosillo), Jalapa y Papantla Veracruz, Saltillo, Querétaro y Cozolapa (Oaxaca).

Como observamos, los gobernantes en nuestro país han puesto singular atención en la construcción de centros de reclusión, los cuales en un principio son creados como "penitenciarias" y con el paso del tiempo y avance de la tecnología pasan a ser únicamente "carceles preventivas" como consecuencia de la creación de nuevas "penitenciarias" con una construcción de mayor seguridad, y los cuales son destinados únicamente a la compurgación de sanciones.

CAPITULO II. — ANALISIS JURIDICO DE LA PRISION.

En el presente apartado haremos un análisis de la prisión desde un punto de vista jurídico, en el cual tomamos de referencia tanto nuestra carta magna, como las leyes sustantivas y adjetivas en materia penal en el Distrito Federal, en donde observamos que la Institución creada para tener a los individuos privados de su libertad (prisión), se encuentra reglamentada en dichos ordenamientos, los cuales establecen los requisitos para que hay lugar a la misma, así como la función, facultades y limitaciones que tienen las autoridades encargadas o facultadas para ordenar la privación de la libertad (Ministerio Público y Juez) y para la aplicación de la misma.

Estableciéndose de igual manera las formas que dicha privación de la libertad puede adoptar, como lo son la preventiva y la pena impuesta como consecuencia de un proceso judicial.

Se hace referencia igualmente a los parámetros de sanción con que cuenta el Organo Jurisdiccional y las circunstancias que el mismo debe tomar en consideración en el momento de dictar una resolución (sentencia definitiva), concretamente en la etapa de individualización de la pena.

1.- FUNDAMENTO LEGAL EN EL SISTEMA JURIDICO PENAL MEXICANO.

En la construcción institucional del sistema represivo formalmente declarado, quizá la cuestión más importante y representativa del tipo de función social que tiene lo juega la prisión, que es el principal instrumento con el que cuenta el Estado para mantener el control social.

La prisión como instrumento sancionatorio utilizado por excelencia se ha constituido en el exterior del aparato judicial para excluir determinados individuos del resto de la sociedad en tanto se les lleva un proceso para decretarles legalmente su calidad de desviado, o, criminales y una vez realizado esto para repartirlos y clasificarlos separadamente de la comunidad.

En nuestra legislación penal, se encuentra contemplado como forma de privación de la Libertad a la prisión, la cual fue creada para utilizarse como medida preventiva, o, como pena (sanción), siendo esta forma de uso una consecuencia directa aplicada a aquellos sujetos que siendo capaces de comprender su actuar, despliegan conductas determinadas, mismas que se encuentran sancionadas en la ley una vez que se han cumplido los requisitos establecidos en ellas para poder hablar de la comisión de delitos; dicha institución se encuentra fundamentada y apoyada en nuestro

Código Penal vigente para el Distrito Federal, en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, en lo dispuesto por el artículo 25, el cual a la letra dice: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis, 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de 50 años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes y el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

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

Así también de lo descrito en el artículo referido observamos que dicho numeral nos remite al libro segundo de tal ordenamiento legal, en el cual encontramos la descripción típica de las conductas que se consideran como delitos, en todos y cada uno de los artículos que conforman esa sección de la Ley Sustantiva, y en los cuales se encuentran establecidos los mínimos y los máximos de la pena aplicable a cada uno de ellos, (encontrando como sanciones la pena privativa de libertad, y las medidas de seguridad).

De lo expuesto hasta aquí observamos que en las leyes penales que rigen en nuestro sistema, se contempla y fundamenta la Institución de la prisión como medida aseguradora de los individuos que delinquen, (de manera preventiva) así como el establecimiento de la misma como sanción, (pena propiamente

dicha) durante la etapa procesal, así como la ejecución de un sentencia condenatoria dictada en términos legales respectivamente, toda vez que en el numeral referido con antelación, se hace tal distinción, al señalar por un lado: "...ajustándose a la resolución judicial..." (refiriéndose específicamente y en nuestro concepto a una sentencia condenatoria, es decir, a la prisión como pena) y por otro lado "...En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computara el tiempo de la detención." (entendiendo aquí el tiempo de la detención preventiva del sujeto, es decir, durante la secuela procesal).

2.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

En nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra fundamentada la prisión tanto como medida preventiva, así como forma de condena, de conformidad a una resolución dictada en ese sentido (pena), describiéndose tal fundamento en diversos artículos de nuestra Carta Magna como son:

El artículo 14 al señalar: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

En el artículo en cita, se establece de forma singular la garantía de audiencia con que cuenta todo individuo, consistente en la forjación y realización de fines vitales y, en la selección de medios tendientes a conseguirlos; y como tal facultad natural ostenta variados aspectos, constitutivos cada uno de ellos de facultades o libertades específicas, podemos concluir que la mencionada preservación constitucional se extiende a todas éstas, sin contraerse a la mera libertad física, con estricto apego al principio jurídico que reza: "donde la ley no distingue, no debemos distinguir" así también observamos que nuestra ley Suprema contempla y fundamenta la privación que "es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo (disminución) de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impedición para ejercer un derecho."(11) , así como de la libertad personal mediante el internamiento de los sujetos en las prisiones, de manera preventiva cuando a dichos individuos se les instruye algún

(11).- *Burgos Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 23 ava. edición, Editorial Porrúa. México 1991 p. 538*

proceso judicial, y este proceso deberá seguirse ante los Tribunales previamente establecidos, como se especifica en el mismo; así también establece y fundamenta la imposición de penas (de prisión medularmente) y que se entiende en el sentido amplio de resoluciones judiciales que poseen efecto decisivo en el proceso, siempre y cuando estén establecidas en la ley, y las cuales como ya se ha mencionado se encuentran establecidas (en mínimos y máximos) en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, sin que por ningún motivo pueda aplicarse ninguna pena que no se encuentre contemplada en dicho ordenamiento legal, principio esencial del enjuiciamiento criminal.

Igualmente lo establecido por el artículo 16, concretamente: "... Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de Aprehensión sino por la Autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del Indiciado... Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda

sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder..."

De lo dispuesto por este precepto, podemos observar que nuestra Ley Suprema consagra la garantía de legalidad, la cual, dadas su extensión y efectividad jurídicas, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no solo sea arbitrario, es decir, que no esté basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que éste pertenezca asimismo establece dos formas de privación de la Libertad, como lo son la Orden de Aprehensión, (que deber ser librada siempre por una autoridad judicial, es decir, por un Juez) y la de Detención, (la cual es ordenada por la autoridad administrativa, es decir, por el Ministerio Público), siendo que las autoridades responsables del libramiento de unas (órdenes de Aprehensión) y otras (órdenes de Detención) deberán ajustarse a lo establecido por las leyes penales, debiendo cubrir necesariamente todos y cada uno de los requisitos exigidos por las mismas, como lo son la fundamentación que consiste "en: que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente

realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice" (12); y la motivación, la cual "implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley." (14) ya que de otra manera se violarían los derechos de los individuos y de igual manera se estarían excediendo en su autoridad.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho sobre el particular, que: para la procedencia de una orden de aprehensión, no es suficiente que la misma haya sido dictada por la autoridad judicial competente en virtud de la denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que es necesario que además, que el hecho o hechos denunciados constituyan en realidad un delito que la ley castigue con pena corporal, por lo que el juez debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto haya sido ejecutado, para dilucidar si la orden de captura puede constituir o no una violación de garantías." (14)

(12).- *Burgos Ignacio. Op. Cit.. p. 602*

(13).- *Ibidem p. 64*

(14).- *Castro Juventino V. El Ministerio Público en México Funciones y Disfunciones. Cuarta edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 1982. p. 3*

El acto de autoridad condicionado por las diversas garantías consagradas en la segunda parte del numeral en cita que legaliza la orden de aprehensión, tiene como efecto directo la privación de la libertad del sujeto no derivada de una sentencia judicial, o sea, la privación libertaria como un hecho preventivo.

El artículo 17 Constitucional por su parte establece: "... Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil." De lo anterior se puede señalar, que la misma ley prohíbe la privación de la libertad de los individuos por hechos que no constituyan delitos, o que tales conductas no se encuentren sancionadas con pena de prisión; ya que nuestra ley penal no contempla como figura delictiva aquellas conductas que son consecuencias de deudas de carácter civil.

En tanto que el artículo 18 Constitucional establece: "... Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados..."

El numeral de referencia fundamenta los dos tipos de prisión que han sido creados de acuerdo a la etapa del procedimiento judicial en que se debe decretar una u otra; así pues observamos que la ley misma ha establecido que la prisión preventiva tendrá lugar desde el momento en que un sujeto ha sido detenido (por la autoridad administrativa o en cumplimiento de una orden librada por una autoridad judicial) y

permanece en ésta todo el tiempo que dura el procedimiento penal, (en caso de no tener derecho a libertad provisional) concluyendo la misma al momento en que se dicta la resolución respectiva (sentencia condenatoria), que es donde comienza la compurgación de la sanción decretada, y tal forma de aprisionamiento del sujeto se convierte en prisión como pena, la cual concluye con el cumplimiento de la sentencia misma. Así también dicho precepto señala la obligación de la separación de la prisión preventiva y la prisión de ejecución de sanciones, debiendo ser tal separación de prisiones de forma geográfica.

En el artículo 19 de la Carta Magna se establece la duración que puede tener una detención ante la autoridad administrativa (Ministerio Público); igualmente establece los requisitos que justifican tal detención siendo éste un auto de Formal Prisión dictado por la autoridad judicial, el cual deberá estar debidamente fundado y motivado y con el cual se inicia propiamente el proceso penal, mismo que debe seguirse únicamente por el delito o delitos señalados por el auto de Formal Prisión o sujeción a proceso.

Del mismo modo, tal precepto establece la prohibición de maltratos, molestias, gabelas o, contribuciones en las prisiones, los cuales se encuentran sancionados en las propias leyes.

En este orden de ideas, la prisión se encuentra regulada igualmente por el artículo 20 Constitucional, el cual

al respecto establece: "... En todo proceso de orden penal tendrá el inculcado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando garantice el monto estimado de la reparación del daño, y de las pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio... En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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

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

Nuestra Constitución ha legalizado la privación de la libertad de los individuos, a través del establecimiento de las prisiones, estableciendo las formas que la misma puede adoptar, como lo son: la preventiva y la de compurgación de sanciones; igualmente esta creación ha tomado en cuenta las garantías que la misma ley Suprema establece para los individuos sin que por ningún motivo tales Derechos puedan infringirse, como lo es en este caso el beneficio de la Libertad provisional bajo caución, estableciendo los requisitos para la concesión de la misma y

tendiendo como única condición para tal beneficio que el delito por el cual se está siguiendo proceso a una persona no tenga tal prohibición por la ley misma.

De igual forma establece las limitaciones a la prolongación de la prisión preventiva y la cual debe tomarse en cuenta al momento de hacer el computo del tiempo que deberá compurgar el sujeto de acuerdo a los términos en que la resolución judicial haya sido dictada.

En tales condiciones podemos concluir que lo dispuesto por los artículos 14, 16, 17, 18, 19 y 20 Constitucionales implican la legitimación y legalidad de las formas privativas de la Libertad en nuestra sociedad.

3.- EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.

En nuestro Derecho Procesal, la figura más significativa lo es sin duda el Ministerio Público, que "es una institución dependiente del Estado (poder Ejecutivo) que actúa como representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes" (15)

(15). - *Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15a. edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1984 p. 34.*

Para Juventino V. Castro "el Ministerio Público, representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado".(16)

También se ha establecido que el Ministerio Público es una Institución de Buena Fe, ya que tiene como objetivo cuidar el interés personal de la víctima del delito, haciendo valer sus derechos en un proceso judicial, ya que éste (el Ministerio Público) es el representante legal del ofendido y de la sociedad.

Ese agente criminalizante llamado Ministerio Público también es conocido como fiscal, o Representante Social. Ha sido común que a ese aparato estatal se le designe Fiscal, ya que históricamente se ha encargado de la defensa de los intereses del Estado y la procuración de la aplicación de las leyes.

Esta institución tiene dos funciones principalmente: por un lado debe dirigir las investigaciones de carácter policiaco, así como la persecución de los delitos, y por otro la actividad denominada ejercicio de la acción penal, que no es otra cosa que formalizar la selección de un proceso en contra de los sujetos, los cuales generalmente se encuentran privados de su libertad dependiendo de una decisión judicial respecto de su destino.

El Ministerio Público como institución trascendental en el engranaje punitivo, es un organismo que tiene como

(16). - *Op. Cit. p. 34.*

finalidad la persecución de los delitos, esta persecución se puede decir que se encuentra dividida en dos momentos principalmente:

A) La persecución que realiza ante sí mismo como autoridad, en nuestro sistema legal se maneja como etapa de Averiguación Previa, en la cual ante dicha autoridad se presentan las denuncias o querellas, y ésta se encarga de tomar las declaraciones que estime pertinentes y realiza las actividades correspondientes para la comprobación de los delitos, así también en esta etapa se presentan dos supuestos que son:

1) La integración de una Averiguación previa sin detenido, es decir, en este supuesto la autoridad conoce de los delitos y realiza todas las diligencias tendientes a la acreditación típica de las conductas, pero sin la necesidad de tener detenido al sujeto que se presume es el autor de tal conducta consignando la causa ante la autoridad judicial al mismo tiempo que le solicita Orden de Aprehensión en contra del sujeto.

2) En una segunda hipótesis el Ministerio Público es la autoridad administrativa facultada para decretar detenciones de individuos, cuando se presume son los que despliegan una acción, u, omisión que trae como consecuencia la consumación de algún delito, y tal detención es decretada cuando dichos sujetos son detenidos en flagrante delito o cuando se actúa ante un caso urgente, en donde tiene la facultad suficiente

para retener a tales individuos, contando con un término de 48 horas, dentro de las cuales tendrá que ponerlo a disposición de la autoridad judicial, o, decretar la libertad.

Situaciones con las cuales podríamos decir que es con lo que inicia propiamente un proceso penal, ya que al tener contacto directo con la comunidad cuenta con un amplio poder de decisión sobre las personas que habrán de ser capturadas y sometidas al sistema, ya que en esta etapa de su actividad, tiene a su mando a la Policía Judicial, la cual es la encargada de presentar y detener a los individuos que el Ministerio Público señala.

B) Igualmente el Ministerio Público como institución persecutora de delitos lo hace ante la autoridad judicial, en donde sus facultades se ven limitadas, debido a que en esta situación su actividad se ve frenada y disminuida, ya que de alguna manera en esta etapa la autoridad judicial tiene mayores facultades, y la autoridad administrativa se ve obligada a actuar dentro de un marco de actividades previamente establecido, y sin que por ningún motivo pueda salirse o excederse en su actuación, teniendo en esta etapa una función principalmente acusatoria y ya no tanto persecutoria de delitos.

El Ministerio Público como institución jurídica que es tiene características que la doctrina y la legislación le han reconocido en términos generales, las cuales podemos decir que son las siguientes:

- a) Es Jerárquico.
- b) Es Indivisible.
- c) Es Independiente.
- d) Es Irrecusable.

Además de esas características entre otras que le pueden ser atribuidas por diversos autores es el titular de la acción penal, ya que es el único facultado por la ley para ejercitar tal acción, por lo que se dice que tiene el monopolio de la acción penal, situación que encuentra su fundamento en el artículo 21 Constitucional, del que se derivan disposiciones reglamentarias como el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

"Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales:

II. Pedir la libertad de los procesados en la forma y términos que previene la ley, y

III. Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Código Penal."

De todo lo anterior podemos mencionar que la Institución denominada Ministerio Público tiene funciones y atribuciones que se distinguen de manera especial dependiendo de la etapa en la que se encuentra actuando, como lo es la Averiguación Previa y el proceso Judicial. Asimismo tal institución se encuentra contemplada y legalizada en nuestra

Ley Suprema, como ya se dijo en el artículo 21 del cual se desprende la función persecutora de delitos. Así, tomando en consideración lo dispuesto por los artículos 16 en relación al 14 párrafo segundo de nuestra Carta Magna, respecto de que nadie puede ser privado de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos; resulta evidente que tal institución no puede actuar de manera autónoma en el desahogo de las pruebas. En este sentido podemos concluir que toda actuación del Ministerio Público en su función investigadora de delitos y delincuentes, que no sea practicada ante los tribunales es inconstitucional, salvo los casos de flagrante delito; se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que la persona se sustraiga de la acción de la justicia.

4.- FUNCION Y FACULTADES EN LA ETAPA JURISDICCIONAL.

El Ministerio Público como institución de Derecho Penal tiene asignadas funciones específicas dentro del procedimiento penal, los cuales son asignados en la medida de las facultades que la legislación otorga particularmente al órgano Jurisdiccional.

Así pues podemos decir que el Ministerio Público dentro del procedimiento penal tiene una función acusatoria, ya que se encarga de aportar y perfeccionar elementos con los

cuales se puede comprobar la probable responsabilidad de los sujetos del delito, así como la acreditación de los elementos típicos de un ilícito específicamente, para de esa forma estar en posición de pedir la aplicación de las sanciones en el momento procedimental oportuno y que en su criterio son las adecuadas para el autor del delito, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias de ejecución de la conducta que se ha desplegado.

Así pues podemos mencionar que las facultades que el Ministerio Público tiene en la etapa jurisdiccional, se encuentran establecidas legalmente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, particularmente en lo dispuesto por el artículo 3 el cual establece: "Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar los elementos del tipo ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias;

II. Pedir al Juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y sus modalidades;

III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la Orden de Apreensión;

IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;

VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y

VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda."

Dentro de esas facultades con que el Ministerio Público cuenta dentro del proceso, desarrollando su función acusatoria de los delitos, tiene por objeto llevar al Juzgador al conocimiento de la verdad histórica de algún ilícito penal, al comprobar totalmente los elementos típicos de tal delito, así como la acreditación de la Responsabilidad Penal y al momento de formular sus conclusiones pedir la aplicación de la sanción establecida al delito en cuestión, así como solicitar la individualización de la pena, al momento de formular conclusiones.

En el desarrollo de sus funciones el Ministerio Público actúa ya no como autoridad, sino más bien como parte en el proceso, pero siempre como Institución jurídica, nunca como particular, y al respecto Juventino V. Castro señala: "El Ministerio Público es una autoridad que va a un proceso no porque tenga interés personal en él, sino por que la ley lo instituye, para ello con una especial función.

Pero jamás deja de ser autoridad, ya que no puede pensarse en el absurdo de que en algún momento del proceso abandone el interés social para defender un interés particular, personal". (17)

Igualmente sus funciones dentro del proceso penal se encuentran establecidas en el artículo 3 apartado B de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. (18)

5. FUNCION Y FACULTADES DEL JUEZ PENAL.

La función del Juez como representante del Poder Judicial es la de ejercer la función jurisdiccional. Esto

(17).- *Idem.*

(18).- *La persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde:*

8) *En el ejercicio de la acción penal y durante el proceso: I.- Promover la incoación del proceso penal; II.- Ejercitar la acción penal ante los Juzgados competentes por los delitos del orden común, cuando exista denuncia, o querrela, o este comprobado el cuerpo del delito y la Probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido, solicitando las correspondientes ordenes de aprehensión o de comparecencia; III.- Solicitar en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los ordenes de cateo que sean necesarias; IV.- Poner a disposición de la autoridad judicial sin demora, a las personas detenidas en los términos de las disposiciones Constitucionales y legales ordinarias; V.- Remitir al órgano jurisdiccional que lo haya solicitado a las personas aprehendidas en cumplimiento de una orden dictada por esta en los términos señalados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; VI.- Ejercitar la acción penal ante Jues de la ciudad de México, en los casos de detenidos por delitos del orden común cometidos fuera del Distrito Federal, pidiéndole que resuelva en los términos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin perjuicio de que determine lo relativo a su competencia; VII Pedir el embargo precautorio de bienes, para los efectos de la reparación del daño en todos los casos, salvo que ésta se garantice satisfactoriamente; VIII Aportar las pruebas pertinentes y promover en el proceso las diligencias conducentes al debido esclarecimiento de los hechos, a la comprobación del delito, de la responsabilidad de quienes hayan intervenido, de la existencia del daño y a la fijación del monto de su reparación; IX Formular conclusiones en los términos señalados por la ley, solicitando la imposición de las penas y medidas que correspondan y el pago de la reparación del daño; o, en su caso, planteando las circunstancias excluyentes de responsabilidad o las causas que extinguen la acción penal; X Interponer los recursos que la ley concede, expresar agravios; y XI En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las leyes....*

significa que le compete al juez decir el derecho, por lo que tratándose de materia penal los artículos 21 Constitucional y 1 del Código de Procedimientos Penales establecen a nivel general sus facultades. El artículo 21 Constitucional por su parte al establecer la división funcional entre el Juez y el Ministerio Público señala que mientras al Ministerio Público le corresponde la persecución de los delitos, al Juez le corresponde la imposición de las penas.

Esa función genérica asignada al Juez se ve instrumentada en el artículo 1 de la Ley adjetiva de la materia, cuando se establece que: "corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

I. Declarar, en la forma y términos que esta Ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;

II. Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; y

III. Aplicar las sanciones que señalen las leyes.

Sólo estas declaraciones se tendrán como verdad legal"

Las anteriores facultades asignadas al Poder Judicial a través de los jueces tienen trascendencia relevante por lo que toca a la instrumentación del proceso instruido ante el Organismo de que se trate, lo que implica además de disponer las cuestiones procedimentales correspondientes (dictar auto de radicación, tomar declaración preparatoria, dictar autos de

plazo constitucional, admitir pruebas), el manejo de circunstancias relativas a la prisionalización o libertad de los sujetos involucrados en las causas.

En la recepción del ejercicio de la acción penal, corresponde al Juez, si este se ha realizado sin ninguna persona detenida, estudiar, en su caso, la procedencia o no del obsequiamiento de una orden de aprehensión; o bien tratándose de actuaciones en las que haya personas privadas de su libertad, disponer las diligencias procesales conducentes, en las que se ve involucrado el señalamiento de la posibilidad o no de que los indiciados obtengan la libertad provisional a que alude la fracción I del artículo 20 Constitucional, (a la cual ya se ha hecho referencia), o bien al señalar si este beneficio no es procedente por tratarse de un ilícito cuya naturaleza no lo permita, por ser considerado como grave (artículo 268 del Código de Procedimientos Penales).

Si en el caso en cuestión no existe la posibilidad de que el consignado pudiese obtener la libertad provisional, el Juez formalizara la prisión preventiva de éste durante el tiempo que dure el procedimiento a su cargo, tiempo durante el cual se da la utilización de la prisión preventiva como instituto de reclusión, del que ya hablamos dicho es una medida provisional.

Debe advertirse que durante la etapa mencionada (encontrándose el sujeto privado de su libertad o no), podría haber incidencias procedimentales como una revocación de un

auto de formal prisión, la concesión de un amparo de la Justicia Federal contra éste, libertad por desvanecimiento de datos, que podrían concluir la situación jurídica aludida, sin embargo en términos generales la prisión preventiva de los individuos culmina con la emisión de la resolución definitiva de la causa, en la cual la prisión preventiva podría concluir por la determinación de la libertad del sujeto o bien por la condena de éste, caso en el cual causando estado la resolución habría cesado la prisión preventiva y comenzado la ejecución de la pena de prisión propiamente dicha.

Es oportuno señalar que en nuestro sistema de justicia penal los días que un individuo ha estado recluso en prisión preventiva, serán tomados en consideración para los efectos del cumplimiento de la pena. (artículo 21 Constitucional y 25 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal).

De esta forma en la secuela procedimental en la que aparece el juez, éste echa mano invariablemente de la prisión preventiva como medida de seguridad, y de la pena de prisión como sanción propiamente dicha.

Cuando se trata de prisión preventiva en el devenir del procedimiento penal ante el juez, este tiene facultades que inciden en la duración o existencia de esta, cuando concede o no la libertad provisional, cuando decreta una libertad incidental diversa a esta, como lo son: la libertad por

desvanecimiento de datos, libertad preparatoria, libertad provisional bajo protesta, así como también en los casos de revocación de aquellas en las que al surtirse los supuestos establecidos por la ley, tiene posibilidades de ordenar la reaprehensión de los sujetos.

Con relación al manejo de la pena de prisión al momento de dictar las resoluciones definitivas (sentencias) la actuación judicial cuenta con dispositivos que inciden en ella, esto es con la concesión de substitutivos penales en los casos en que la ley lo permite, como lo dispone el artículo 70 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero común y para toda la República en Materia del fuero Federal (19); así como también en la concesión, o, no del beneficio de la condena condicional a que alude la ley sustantiva en su artículo 90 (20); de tal suerte que amén de los criterios de la individualización de la sanción penal, tratándose de penas de

(19). - Artículo 70. La prisión podrá ser substituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cinco años; II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de cuatro años o, III. Por multa, si la prisión no excede de tres años. Para efectos de la substitución se requerirá que el reo satisfaga los requisitos señalados en la fracción I incisos b) y c) del artículo 90.

(20). - Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas: I. El juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones: a) que la condena se refiera a pena de prisión, que no exceda de cuatro años; b) que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; y c) que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir... (estableciéndose igualmente otra serie de requisitos)

prisión, el juez puede disponer de una amplia gama de posibilidades en torno a la prisionalización de las personas.

6. PRISION PREVENTIVA.

Como ya se ha establecido, la prisión preventiva es una forma de privación de la Libertad de los sujetos de manera provisional, ya que ésta sólo tiene duración el tiempo durante el cual se desahoga un proceso judicial, y tal forma de aprisionamiento tiene lugar cuando exista el temor de que el sujeto pueda sustraerse de la acción de la justicia, sin que por ningún motivo pueda excederse de los límites que como máximo se encuentren establecidos en las leyes.

6.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.

En nuestra Carta Magna la prisión preventiva encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo 16, que es el fundamento para que la autoridad administrativa, el Ministerio Público, pueda librar ordenes de detención y en su caso puede retener a los individuos por 48 horas; así también fundamenta el libramiento de Ordenes de Aprehesión por parte de la autoridad Judicial, el Juez, estableciendo los requisitos para que una y otra sean legítimas; ya que con el cumplimiento de alguna de las dos, es con lo que da inicio propiamente la prisión preventiva.

Tal forma de aprisionamiento tiene su fundamento específico en el artículo 18 Constitucional, el cual establece que "sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva..". Como se observa este numeral legitima a la prisión preventiva dentro de nuestro sistema legal, la cual se puede decir que comienza desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del juez misma que se puede decir se presenta en dos momentos 1) cuando el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de mérito ; 2) a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate. La prisión preventiva se manifiesta en la privación de la libertad que sufre el sujeto desde que es aprehendido por mandato del juez o puesto a disposición de éste, hasta que recae sentencia ejecutoria en el proceso respectivo, duración que se refiere, al caso en que se haya dictado auto de formal prisión; estableciendo asimismo que el único caso para que proceda tal forma de privación de la libertad (temporal) es cuando el delito por el cual se va a enjuiciar a un individuo, este sancionado con pena corporal, ya que de no ser así se estarían violando las garantías que la misma constitución confiere a los individuos.

Situación que encuentra apoyo igualmente en lo establecido en los artículos 19, 20 y 21 de nuestra constitución, todos ellos vinculados con el precepto aludido con antelación ya que no se podría hablar del fundamento constitucional que la prisión encuentra, si se hiciera referencia a los numerales de nuestra Carta Magna, de manera aislada, ya que todas y cada una de las garantías consagradas en nuestra Ley Suprema se encuentran vinculadas unas con otras.

6.1 FUNDAMENTOS PROCESALES

Nuestra legislación procesal fundamenta igualmente a la prisión preventiva en lo dispuesto por los artículos 267, 268, 269, 270, 271, 272 y 273 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los cuales se hace la descripción de las circunstancias que deben ser consideradas como Flagrancia, Caso Urgente, así también legaliza la retención y la detención hecha por parte del Ministerio Público de los sujetos que considera probables responsables de la comisión de algún delito que ya se ha mencionado, que es con lo que da inicio la prisión preventiva, toda vez que desde ese momento el sujeto se encuentra privado de su libertad aún cuando su detención haya sido decretada por la autoridad administrativa, ya que la misma ley preve tal situación, y otorga tales facultades al Ministerio Público, el cual deberá poner a disposición de la Autoridad Judicial al inculcado, y

fundamentar y motivar su detención o retención dentro de los lineamientos legales previamente establecidos, ya que de lo contrario sería inconstitucional tal detención. Así también la detención o retención por parte de la Autoridad Administrativa, debe estar siempre respaldada por la Autoridad Judicial, la cual deberá ratificar la detención de la autoridad administrativa o en su caso decretar la Libertad del inculgado.

7. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

Individualizar o individuar significa especificar una cosa, tratar de ella con particularidad y pormenor. Determinar individuos comprendidos en la especie.

También se entiende como "Adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiares del delincuente". (21)

En relación a la individualización de la pena, la escuela Clásica ha establecido que la individualización es de difícil aplicación, pues ve más al acto que al autor; a cada delito corresponde una pena concreta, determinada, cierta, inmutable, la pena es un resultado conocido, medido, automático, el arbitrio del Juez es escaso o nulo, y su actuación se reduce a comprobar la existencia del delito y la participación del criminal, para aplicar la pena única y clara prevista para ese delito.

(21).- De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*, tercera Edición, Editorial Porrúa S.A., de C. V., México 1973.

Al respecto la escuela positiva, al variar el interés científico del delito al delincuente, cambia de mentalidad respecto a la pena y su aplicación; para ella es más importante el individuo, por lo que la sanción debe adecuarse a su personalidad y peligrosidad, por lo tanto debe individualizarse.

Así también se ha establecido que la individualización de la pena se presenta en tres etapas diferentes, las cuales son:

INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA. En esta etapa se encuentra comprendida en la legislación, para lo cual el legislador ha hecho la descripción típica de las conductas que son consideradas como delitos, al mismo tiempo que establece cuales son los mínimos y los máximos de las sanciones, tomando en cuenta la peligrosidad de las conductas.

En este sentido Mario I. Chichizola ha señalado que: "Es la adecuación de la pena a cada figura delictiva básica (individuo) guiándose por el valor del Derecho ofendido y el modo particular de ofenderlo que especifica la figura (tipo).

Es la mitigación o agravamiento que hace el legislador de la pena con arreglo a las circunstancias particulares que especifica en circunstancias accesorias de las básicas".(22)

El Doctor Luis Rodríguez Manzanera en este sentido manifiesta que: " La ley da a cada delito su propia

(22). - *La Individualización de la Pena.* Abeledo Perrot. Buenos Aires 1967, p 56.

punibilidad, o sea da una amenaza de pena individual, pero debe tener cuidado en hacerlo de manera elástica, para dar lugar a la individualización judicial". (23)

Este tipo de individualización es la que en nuestra legislación penal se encuentra señalada, en lo dispuesto por los artículos que conforman el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, los cuales establecen los parámetros de sanción para las conductas que son consideradas como ilícitos mismas que deben ser tomadas en cuenta por el juzgador al momento de establecerlas en su resolución, sin que por ningún motivo pueda excederse de los límites establecidos en la legislación; así también el juez al dictar su resolución deberá fundar y motivar la misma, de manera que especifique las causas por las que el mismo impone tal o cual sanción.

INDIVIDUALIZACION JUDICIAL.

Este tipo de individualización de la pena, es la fase de determinación de la sanción, es el momento en que el Juez escoge entre el arsenal de punibilidades que la ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada, tomando en cuenta tanto al delito y sus

(23).- *La Individualización de la Reacción Penal. Ponencia que presenta al II Congreso Mexicano de Derecho Penal, México 1994. p.4.*

circunstancias como la personalidad y las características del delincuente.

En relación a este tipo de individualización Mario I. Chichizola establece: "la verdadera individualización de la pena comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado. La individualización legal que le precedió era sólo la aproximada ya que la ley, por ser general y abstracta, no le es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cual es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento".(24)

En esta etapa de la individualización de la pena, el Juez que conoce de algún proceso, debe tomar en cuenta al momento de dictar su resolución todas aquellas probanzas que consten en la causa, para de esa forma estar en condiciones de individualizar la pena a un sujeto determinado, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias personales que para el caso se presentaron, así como dar el valor jurídico que cada una tiene, como los son las declaraciones de los testigos, los peritajes y todos aquellos dictámenes que de alguna manera tengan relación a la forma en que tales circunstancias se

(24).- *Op Cit.* p. 85

presentaron, toda vez que no todos los sujetos delinquen por las mismas causas, ni en las mismas condiciones, así también debe tomar en cuenta todas aquellas sanciones que la legislación le proporciona para que de acuerdo al estudio que haya efectuado de los hechos típicos constitutivos del delito pueda aplicar la pena que en su criterio sea la adecuada para la readaptación del individuo, y que lo lleve a reincorporarse a la sociedad ya no como un delincuente ni un desadaptado, sino como una persona que se sienta integrada al círculo y medio social en donde a partir de ese momento desarrollará su vida. En este tipo de individualización de la pena el Órgano Jurisdiccional debe dictar su resolución tomando en cuenta lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal, los cuales establecen las modalidades que el juzgador debe tomar en cuenta al sancionar de manera individual a las personas, pudiendo aplicar asimismo cualquiera de la serie de sustitutivos penales, es decir, sustitutivos de la pena de prisión como lo son: tratamiento en libertad, trabajo en favor de la comunidad; dependiendo del grado de peligrosidad que ha sido considerado, y de la forma en que la conducta delictiva fue desplegada.

INDIVIDUALIZACION EJECUTIVA.

En esta fase se puede establecer que se presenta la aplicación real de la pena, el Doctor Rodríguez Manzanera al respecto ha manifestado: "Así como los jueces deben tener un

gran arbitrio para determinar la pena, los encargados de la aplicación deben gozar de gran libertad para aplicar las modalidades de ejecución, de acuerdo a las peculiaridades del reo". (25)

Para el desarrollo de esta etapa, el Poder Ejecutivo debe contar con lugares adecuados para la compurgación de las penas (establecimientos penitenciarios) los cuales deben contar con las instalaciones necesarias y adecuadas para la debida aplicación del tratamiento necesario y apropiado para la correcta aplicación de la pena, contando para ello con el personal capacitado y con los conocimientos suficientes para alcanzar el mayor y mejor grado de readaptación de los individuos, evitando así que éstos vuelvan a delinquir.

En este sentido podemos decir que en nuestro sistema penal mexicano, notamos esta clara distinción de la intervención del poder Ejecutivo en la compurgación de las sanciones, ya que en la práctica jurídica observamos que una vez que el Juez que conoce de un proceso, dicta su resolución (sentencia condenatoria), el sujeto deja de estar a sus disposición privado de su Libertad personal (generalmente) en algún establecimiento carcelario, para quedar a disposición en este caso de la Secretaria de Gobernación a través de la Dirección General de Readaptación y Prevención Social, que depende directamente del Ejecutivo, y que es quién designa el lugar en que ha de ser compurgada la sanción, sin que el Poder

(25).- *Idea*.

Judicial pueda tener ingerencia, ya que dicha actividad sale de su campo de acción y de las facultades que la misma ley otorga; aplicando en su actividad la ley que establece las normas mínimas sobre la readaptación social del sentenciado, la cual tiene como finalidad la organización del sistema penitenciario en la República.

CAPITULO III.- ANALISIS CRIMINOLOGICO DE LA PRISION.

En esta parte del trabajo sobre la prisión corresponde realizar un enfoque de dicha Institución desde la óptica criminológica. Desde esa perspectiva es que hemos de denotar las bases de su utilización inicial como Instituto de Represión penal, siendo considerada originalmente más que como una medida que cumpliera fines determinados, como una forma de humanizar la sanción penal.

Con el análisis de las distintas corrientes criminológicas podemos evidenciar los postulados teóricos que hoy día dan fundamento a la prisión como la forma de sanción más recurrida; así también se resaltan las opiniones de crítica a la forma en que opera la prisión y el propio Derecho Penal.

1.- GENESIS DE LA PRISION.

La prisión como instrumento punitivo no había sido utilizado tan exclusivamente como lo es hoy día, Michel Foucault en su obra "Vigilar y Castigar" hace una reseña novelada sumamente pormenorizada del giro en la forma de castigos penales a partir del siglo XVII.

La obra de Foucault hace un relato de las formas de castigo que se utilizaban antes de que se implementara la prisión como tal, exponiendo detalladamente las formas de ejecución de las sanciones penales, que generalmente correspondían a suplicios, descuartizamientos, amputaciones, marcas y todo tipo de represiones que tenían como objeto los cuerpos de los delincuentes.

Con el desarrollo del iluminismo hubo un cambio en la moral punitiva del Estado de imponer suplicios, generalmente públicos, el castigo, tendió a convertirse en un aspecto obscuro del sistema penal, cambiando el pudor de la justicia en torno a ideas como la de que es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar. En función de ello al irse desarrollando ese cambio de moral punitiva, el estado procuraba evitar cualquier manifestación de dolor en las penas que imponía, tendiendo también a desaparecer el espectáculo de la ejecución de las penas.

Con las ideas del humanismo los castigos penales dejaron de concentrarse en los suplicios, es decir, en la técnica del sufrimiento, y con la atenuación de la severidad penal, ésta fue siendo sustituida por la estimación de que el objeto principal del castigo debía recaer sobre la pérdida de un derecho; al respecto Mably señaló: "que el castigo, si me

permite hablar así calaga sobre el alma más que sobre el cuerpo" (26)

Es concretamente en el siglo XIX donde se procuró que la justicia criminal en lugar de vengarse castigara simplemente, y que ese criminal justiciable que en esencia era un hombre se convirtiera en el blanco de la intervención estatal con el objeto de corregirlo y transformarlo; uno de los principales reformadores de la benignidad del aparato judicial lo es Cesar Beccaria, siendo que en concepto de Foucault el verdadero objetivo de la reforma, no es tanto fundar un nuevo derecho de castigar, sino establecer una nueva economía del poder de castigar para asegurar una mejor distribución del poder.

Siendo que a finales del siglo XVIII esa economía de poder de la justicia penal funcionaba ya con diferentes directrices (preventiva, utilitaria y correctiva). El viraje del castigo- suplicio al castigo-detención se fue dando paulatinamente de los siglos XVIII a XIX, siendo que poco a poco la prisión se ha convertido en el principal arsenal punitivo, convirtiendo a la detención o encarcelamiento a la? pena por excelencia, señalando Michel Foucault al respecto: "que al hacer de la detención la pena por excelencia, esa nueva legislación introduce procedimientos de dominación

(26). - Citado por Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión Siglo XXI* editores S.A. de C.V. México 1976, p. 24.

característicos de un tipo particular de poder. Una justicia que se dice "igual", un aparato judicial que se pretende "autónomo", pero que padece las asimetrías de las sujeciones disciplinarias, tal es la conjunción de nacimiento de la prisión, "pena de las sociedades civilizadas" (27)

2.- FIN DE LAS PENAS.

Antes de continuar con el desarrollo del presente trabajo es oportuno recordar que al hablar de las penas en un estudio del ámbito penal, el arsenal punitivo no sólo dispone de la prisión (tópico en el cual concentramos nuestro punto de interés), sino que como ya lo hemos referido la ley sustantiva vigente se basa en enumerar diversas penas o medidas de seguridad; empero al referirnos a las penas de manera general, estaremos aduciendo a la pena que se utiliza invariablemente en nuestro sistema punitivo, que lo es la de prisión. Siendo que en todo caso cuando así se requiera haremos la precisión o aclaración pertinente.

Así, después de advertir el origen de la prisión como INSTITUTO de Represión Penal, observamos que el desarrollo de la prisión va correspondiendo con el desarrollo del propio Derecho penal y del Estado en sí, siendo que desde que es utilizada la prisión como el instrumento principal del cual hecha mano el Estado a través del Derecho penal; la prisión,

(27). - *Op Cit.* p. 233

irremisiblemente refleja los fines del Derecho penal en particular y de la política criminal en general.

En efecto, en el desarrollo de las ideas humanistas, las penas dejaron de tener poco a poco esa finalidad aflictiva que se basaba en el tormento y la idea por la que fueron cambiando, fue la que en su momento ha sido punto de crítica de las Teorías Retributivas, consistiendo ésta en el hecho de que si bien, el Derecho penal tiene como finalidad la consecución de la justicia, como es posible que se haga justicia imponiendo un mal sobre otro.

De tal suerte, dando un giro a esa concepción del fin de la penas (tormentos) que lo era provocar dolor para retribuir el mal social causado; la pena (prisión) de las sociedades modernas y "humanas" tiene fundamentos y fines distintos.

Los fines de la pena (prisión) hoy día se han dirigido hacia una concepción utilitaria y menos aflictiva. Siendo que a la luz de las ideas Retributivas del mal causado, la pena tiene la finalidad de ocasionar un mal al delincuente, pero que no sea sobre su propio cuerpo, sino sobre el bien llamado libertad, pretendiendo imponer una pena de prisión que sea correspondiente al daño ocasionado y a su grado de reproche por la conducta realizada.

La prisión como pena, también cuando es basada en ideas preventivas generales tiene como fin la disuasión de los miembros de la colectividad pretendiendo obtener a través de ella seguridad y tranquilidad social.

La finalidad recurrente de la pena de prisión es aquella que se basa en los postulados de la criminología tradicional, ciencia criminológica nutrida de las aportaciones o aportes antropológicos, psicologistas y clínicos de diversos autores, siendo esta finalidad la de lograr la rehabilitación o readaptación social de los delincuentes a través de la imposición de una sanción dialectiva (pena-medida de seguridad), en la que la reclusión de los individuos tiene como fin la readaptación social de éstos, a la vez que los aparta de la sociedad para que no la pueda dañar.

3.- LA CORRIENTE POSITIVISTA DE LA CRIMINOLOGIA.

La ciencia criminológica, compañera inseparable del Derecho penal, se desarrolla originalmente dentro de las ideas del positivismo. Esa naturaleza hace girar a la criminología en torno al hombre, tratando de distinguir en él, su normalidad o anormalidad.

Para comprender la disciplina criminológica es necesario advertir que dentro del positivismo, como corriente del pensamiento humano, se concibe la exigencia de un orden social natural, orden que no está sujeto a discusión y se debe admitir como tal, un orden en el que se erige el propio sistema penal derivándose de esa postura la inmutabilidad del dogma jurídico.

La criminología tradicional se ha considerado como subalterna o auxiliar del Derecho penal como disciplina teórica y como instrumento de control social.

Y en efecto, se puede establecer que la criminología positivista ha sido una disciplina auxiliar del Derecho penal y conforma, junto con éste, un sistema penal integrado, manifestándose una relación de subordinación de aquella con respecto al Derecho penal; en virtud de que su objeto de estudio está supeditado a las definiciones legales (que no son otra cosa que el Derecho penal vigente), y que al estudiar las causas de criminalidad, su campo de interés está limitado únicamente al estudio sobre los delincuentes materialmente detenidos.

Se ha establecido con toda certeza que la criminología positivista tiene un carácter dependiente respecto del Derecho penal ya que está limitada a la esfera de las

definiciones legales y al resultado de la actuación de las agencias de control penal.

DIRECCION ANTROPOLOGICA.

La criminología tradicional, o positivista, se ha nutrido del pensamiento de diversos autores que en atención a la naturaleza y fundamento de sus ideas han conformado directrices teóricas dentro del área criminológica entre las que se destacan la antropológica y la psicologista.

Dentro de la Dirección antropológica Lombroso es quien aportó las ideas en que se desarrolló, esa corriente teórica, pensamiento en la cual se destacó la clasificación de los delincuentes.

Según opinaba Lombroso todo delincuente presentaba invariablemente rasgos físico-antropológicos que indicaban su carácter delincuencial y en su concepto se podían clasificar de la siguiente forma:

- 1.- Delincuente Nato (Atavismo)
- 2.- Delincuente Loco Moral (Morbo)
- 3.- Delincuente epiléptico (Epilepsia)
- 4.- Delincuente Loco (Pazzo)
- 5.- Delincuente Ocasional
- 6.- Delincuente Pasional

Estudiando las diferencias antropológicas más sobresalientes entre las diversas razas, y al observar el cráneo de un criminal, se le ocurre que podría existir una raza o especie de hombre diferente: los criminales.

Señalando Lombroso igualmente que: "A la vista de estas extrañas anomalías, así como cuando aparece una ancha llanura bajo un horizonte inflamado, el problema de la naturaleza y del origen del criminal me pareció resuelto: los caracteres de los hombres primitivos y de los animales inferiores debían reproducirse en nuestros tiempos." (28)

Las anomalías fundamentales que observó fueron varias deformaciones "del verme y una foseta occipital media", y piensa que se trata de un caso en el cual la evolución natural se detuvo, es decir que el sujeto no evolucionó, que se quedó en una etapa anterior al desarrollo humano.

1) El delincuente nato es como un niño, reacciona en forma infantil, no tiene control adecuado sobre sus emociones, es notablemente cruel; el criminal nato y el niño coinciden principalmente en: Cólera (furia); venganza; celos; mentira; falta; escasa afectividad; crueldad; ocio y flojera; calor; vanidad; alcoholismo y juego; obscenidad; imitación.

(28). - *Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Editorial Porrúa S.A. tercera edición, México 1982. p. 256.*

2) Lombroso define al Loco moral como una especie de idiota moral, que no puede elevarse a comprender el sentimiento moral, o si por la educación lo tuviera, esa se estacionó en la forma teórica, sin traducirse en práctica; son daltónicos, son ciegos morales, porque su retina psíquica es o se transforma en anestésica. Y como falta de ello la facultad de utilizar nociones de estética, de moral, los instintos latentes en el fondo de cada hombre toman en él ventaja. La noción de interés personal, de lo útil o de lo deseado, deducido de la lógica pura, pueden ser normales, de la otra parte un frío egoísmo que reniega de lo bello, de lo bueno, y con ausencia de amor filial, indiferente a la desgracia de los demás a juicio de los demás, de lo cual una exageración de egoísmo que da a su vez el impulso a la satisfacción, a los intereses personales, golpeando o pasando sobre los derechos de los otros. Cuando entran en colisión con la ley, entonces la indiferencia se transforma en odio venganza ferocidad, en la persuasión de tener el derecho de hacer el mal.

3.- El delincuente epiléptico es un tipo de homicida de reacción violentísima, en que después de haber cometido el delito quedan tranquilos y sin aparentes remordimientos, los sujetos generalmente dicen que en un momento dado "vieron rojo" y perdieron por completo el control, afirman que les "tiembla la cabeza", sienten "vértigos", la cabeza "gira" o da "vueltas".

Denota en su genialidad dos tipos de epilepsia, una real y otra larvada. La epilepsia real es aquella en la cual hay ataques, el sujeto cae al suelo, hecha espuma por la boca, tiene movimientos desordenados y convulsivos, llega a morderse la lengua. La epilepsia larvada, con la cual no haya el ataque pero si las características señaladas anteriormente.

4.- Lombroso hace una diferencia entre los delincuentes locos, y los locos delincuentes, siendo estos últimos los enfermos dementes, sin capacidad de entender ni de querer, que cometen algún crimen sin saber lo que hacía por lo contrario, el delincuente loco es el sujeto que ha cometido un delito y después enloquece en la prisión.

5.- Entre los delincuentes forman una categoría distinta de todas las demás, aquellos que por pasión, que mejor debería decirse por impetu, todos sus delitos tienen como substrato la violencia de alguna pasión. El móvil en el delincuente pasional es siempre inmediato, y la pasión que lo mueve es una pasión noble, distinguiéndose de las bajas pasiones que impulsan a delinquir a los delincuentes comunes.

Podemos observar que de las clasificaciones de delincuentes que hace Lombroso, cada uno presenta características determinadas, distintas a los demás delincuentes que permiten establecerlos en la clasificación

correspondiente, ya que no podría mezclarse a unos con otros; lo anterior dependiendo de sus rasgos físicos y psíquicos, los cuales hacen que el delito cometido por cada uno de ellos sea diferente en relación a los demás; así podemos observar que para cada uno de los delincuentes se deberá presentar un tratamiento de rehabilitación distinto en cada uno de los casos que se pudieran presentar en la comisión de los delitos.

DIRECCION PSICOLOGISTA DE LA CRIMINOLOGIA

En las teorías psicoanalíticas de la criminalidad se pueden distinguir dos formas de pensamiento generalmente, los cuales se encuentran ligados entre sí:

El primero se refiere a la explicación del comportamiento criminal; en la que según Freud "la represión de los instintos delictivos del superyó no destruye estos instintos, sino que deja que se sedimenten en el inconsciente" (29)

El segundo lo conforman las teorías psicoanalíticas de la sociedad punitiva.- Según estas teorías la reacción penal al comportamiento delictivo no tiene la función de eliminar o circunscribir la criminalidad, sino que corresponde a mecanismos psicológicos entre los cuales la desviación

(29).- Citado por Baratta, Alessandro *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal. Siglo XXI editores. México 1986 p. 45.*

criminalizada aparece como necesaria e ineliminable para la sociedad.

En esta dirección se dice que el delito tiene una motivación inconsciente, profunda, desconocida aún para el mismo criminal.

El principal expositor dentro de esta corriente es Sigmund Freud, el cual dentro de la explicación de la psicología criminológica hace una clasificación de los delincuentes, ya que menciona que existe el que él llama delincuente por sentimiento de culpabilidad, del cual refiere que: "tales actos eran cometidos, ante todo, por que se hallaban prohibidos y por que a su ejecución se enlazaba, para su autor, en alivio psíquico. El sujeto sufría, en efecto, de un penoso sentimiento de culpabilidad, de origen desconocido, y a la vez cometida una falta concreta, sentía mitigada la presión del mismo. El sentimiento de culpabilidad quedaba así, por lo menos adherido a algo tangible." (30)

Para autores como Alexander y Staub, "la única diferencia que hay entre el delincuente y el hombre normal consiste en que éste domina parcialmente sus instintos motores criminales; pero los desvía hacia otros fines socialmente inocuos, adquiriéndose este dominio y esta desviación

(30). - Citado por Rodríguez Manzanera, Luis Op Cit.. p. 379

permanente de las tendencias primitivamente antisociales en el transcurso de la educación del individuo. Por tanto, la diferencia entre el delincuente y el hombre normal representa, generalmente, no una falta congénita, sino un defecto de la educación, prescindiendo de casos límites que requiere un estudio particular". (31)

Theodor Reik por su parte establece: que los psicoanalistas interpretan esto como un sentimiento de culpa inconsciente, que tiene sus raíces en el complejo de Edipo en el cual el niño desea a la madre y anhela dar muerte al padre.

El interés de descubrir al criminal desconocido deriva del hecho de que dicho descubrimiento asegura que el culpable no somos nosotros, y disminuye por lo tanto nuestro inconsciente sentimiento de culpa.

En el criminal existe una tendencia consciente que lo empuja a cancelar todo indicio de su delito y una coacción inconsciente a confesar que lo induce a traicionarse. Si el criminal tiene el deseo inconsciente de ser castigado, es evidente que la pena tal como es actualmente concebida no puede servir como prevención general ni especial al crimen, y lejos de evitarlo lo favorece.

(31). - *Ibidem* p. 407

Para Alfred Adler la denominación de psicología individual dada a las teorías de Adler, no implican una oposición entre lo individual y lo colectivo, por el contrario, para Adler las influencias ambientales tienen una gran importancia, en realidad se usa individual, o individuo, es decir, aquello que es uno solo, lo indiviso, lo que no se haya dividido, lo que no puede dividirse sin perder su naturaleza.

Menciona igualmente que las cárceles son universidades del crimen, y no ha faltado quien afine la observación en el sentido de que no sólo es eso sino que cuentan con cursos de posgrado; y que debe haber mejor tratamiento para los internos, que debe ponerse más interés en reconstruir en ellos los valores sociales. Lo peor de las cárceles es la brutalidad o el aislamiento.

En México, Francisco Gonzalez Pineda hace el estudio de la psicología del Mexicano con un enfoque de psicología social, considerando a la Iglesia y al Estado como un Super Yo nacional, y analizando los conflictos entre ambas instituciones y de ellas con el ciudadano.

Dice que en el terreno del criminal, los delitos basados en mentira, engaño, fraude, se multiplican hasta el infinito, y la vida de los que los cometen y de los que los sufren transcurre en un eterno conflicto, siempre en busca de

un equilibrio fuera del orden o estatuto jurídico. En algunos casos el inconsciente social revela tal conformación sado-masoquista, que sólo la negación diaria y eficaz de la realidad, hecha por todas las partes de la colectividad lo explica.

DIRECCION CLINICA

En relación a la dirección Clínica de la criminología, el maestro Benigno Di Tulio ha definido inicialmente a la criminología clínica como: "la ciencia de las conductas antisociales y criminales, basada en la observación y el análisis profundo de casos individuales, sean éstos normales, anormales o patológicos".(32)

La criminología clínica, tiene como objeto formular una opinión sobre un delincuente, conteniendo esta opinión un diagnóstico, un pronóstico y eventualmente un tratamiento.

La criminología clínica opera efectuando un estudio del criminal, ya que analiza al sujeto antisocial en concreto, en su realidad personal e irrepetible, esta criminología clínica al tratar de explicar las causas que llevan al sujeto a delinquir, lo hace desde un punto de vista criminal y no social ni sociológico o biológico. La criminología clínica impone que no se pueden estudiar los crímenes en una forma global, que

(32).- *Ibidem* p. 300

no se deben aplicar reglas generales, sino estudiar a fondo cada caso concreto.

La criminología clínica podría ser definida como: la Ciencia que estudia al delincuente concreto en enfoque multidisciplinario, mediante un trabajo en equipo criminológico y en orden a su resocialización.

Si se estudian los factores criminógenos, es decir, cuales son los principales factores biológicos, los principales factores psicológicos, y cuales los principales factores sociológicos, tendríamos que estudiar qué causas biológicas, psicológicas y sociales llevaron al crimen a este sujeto en particular.

El criminólogo clínico manejará una serie de métodos fundamentales y complementarios. Los métodos fundamentales son:

- a) La entrevista criminológica.
- b) Examen médico.
- c) Examen psicológico.
- d) Encuesta social.

Los métodos complementarios son:

- a) La observación directa.
- b) La observación indirecta.
- c) Exámenes completos.

4.- LA CORRIENTE CRITICA DE LA CRIMINOLOGIA.

Teniendo como antecedentes las aportaciones de la anterior plataforma teórica de la criminología tradicional, y de la sociología criminal se desarrolla la llamada criminología crítica, que es una postura crítica de la ideología de la defensa social y la criminología tradicional. A esta corriente se le ha calificado como la construcción de una teoría materialista (económica política) del delito y de la criminalización.

Los críticos estudian el comportamiento desviado resaltando su estrecha relación con las relaciones sociales de producción estableciendo un paradigma político económico de la desviación.

Bajo esta postura se cuestiona al Derecho penal y al llamado sistema de justicia penal en general, argumentándose que las estrategias políticas en materia criminal del capitalismo se basan en la máxima efectividad del control social de aquellas formas que son disfuncionales al sistema de valoración y acumulación capitalista (delitos contra la propiedad y desviación política), combatible con la mínima transformación del sistema mismo; y la máxima inmunidad asegurada a comportamientos socialmente dañosos, pero funcionales al sistema.

Bajo la denominación de criminología crítica, se ha dado por confluir diferentes teorías sociológicas y político

económicas, que difieren de la postura tradicional respecto del sistema punitivo y lo que se deja ver de tales corrientes de manera general es la intención de desmitificar al derecho penal, para lo cual tratan de desentrañar las funciones reales del mismo, a través del funcionamiento de las agencias del sistema punitivo.

Hoy día encontramos dos propuestas interesantes como resultado de las críticas del derecho penal. "La primera de ellas es la que se conoce como "Derecho Penal Mínimo", cuya propuesta se basa en una estricta restricción en su campo de acción, despenalizando conductas y protegiendo bienes estrictamente necesarios para la convivencia social, libre de parcialización como efectos del poder definidor de lo criminal" (33).

La otra propuesta del pensamiento criminológico moderno es, la de abolir el sistema penal, ya que la criminología crítica ha puesto de manifiesto que el derecho penal y toda la estructura del estado montada para ejercer su control social punitivo, reproducen las desigualdades e injusticias sociales.

Hasta ese grado ha llegado la crítica del Derecho penal y de la criminología tradicional, su fiel escudera, a la abolición de la cárcel y de todo el sistema penal en su totalidad y aunque esta propuesta, como dice de la Barreda,

(33).- Ferrajoli, L. *El Derecho Penal Mínimo*, en *revistas de Poder y Control* No. 10, Barcelona, 1956 p. 25 y 40.

parece un cántico de sirenas (34), la formulación seria de tales proposiciones resulta una alarma que hay que escuchar y tomar en cuenta cuando ya estamos seguros del fracaso total y definitivo del Derecho penal y el sistema de justicia penal tal y como hoy lo conocemos.

5.- CONCEPTOS USUALES DE LA OPERACION DEL SISTEMA PENAL.

Siendo la criminología tradicional comparsa teórica del Derecho penal, con las aportaciones de las distintas direcciones criminológicas en la operación cotidiana del sistema penal se aplican y desarrollan conceptos que dan forma y fundamento a la prisión, sea como pena o como medida de seguridad.

El concepto principal a partir del cual se desencadena una serie de instrumentos legales e institucionales, como lo es el de la PELIGROSIDAD.

A partir de la idea de la peligrosidad es que los sistemas penales han desarrollado consecuencias jurídicas que se basan en el pronóstico negativo de la conducta de los encausados, ésto es una mayor o menor disposición legal de

(34).- *Cfr. De la Barrera Zolozano, Luis. Abolir la prisión: un cántico de sirenas. El Sistema Penitenciario entre el temor y la esperanza. Orlando Cárdenas editor México 1991. p. 145 y 55.*

márgenes punitivos a nivel legislativo, a nivel judicial una mayor severidad en la sanción (medida de seguridad) y a nivel penitenciario un fundamento para la imposición de determinado tratamiento carcelario.

CONCEPTO DE PELIGROSIDAD.

En relación a este concepto podemos observar que como antecedente encontramos lo que inicialmente fue considerado por Garofalo como temibilidad, y en la noción que da una idea de un peligro y de un impulso, y se define aún cuando tal vez la definición no fuese demasiado correcta como: "la temibilidad no designa otra cosa que la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente" (35). Menciona que la temibilidad es consecuencia de un peligro, que el delincuente representa: porque si un hombre es peligroso es por lo que realmente es temible: la temibilidad comporta, por lo tanto, un peligro.

En ese sentido menciona que la capacidad criminal es, la perversidad constante y activa de un delincuente y la cantidad de mal que, por lo tanto se puede tener del mismo.

Rocco define a la peligrosidad como la potencia, la aptitud, la idoneidad, la capacidad de la persona para ser

(35). - Jiménez de Asua Luis. *El Criminalista*. 4ta. Ed. Tomo IV, Cárdenas editor y distribuidor. México 1989 p. 130.

causa de acciones dañosas o peligrosas, y por tanto de daños y peligros.

Ferri considera que la peligrosidad puede adoptar dos diferentes formas:

Peligrosidad social que es la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito.

Peligrosidad criminal, que es la mayor o menor readaptabilidad a la vida social, de un sujeto que ya delinquiró.

El concepto "peligrosidad" ha sido duramente criticado en los últimos tiempos; Manuel López Rey señala: "que hablar de las diferentes clases de delincuentes tiene un valor instrumental limitado. Quizá la clase más comúnmente usada es la de delincuentes peligrosos o temibles como consecuencia de la tesis de peligrosidad o temibilidad de origen positivista y defensista, que difícilmente se puede mantener hoy y que, si se hace, ha de serlo con ciertas reservas." (36)

De los conceptos que hasta aquí se han establecido en relación al concepto de peligrosidad, podemos decir que ésta (peligrosidad) consiste en la probabilidad que presentan los sujetos para cometer delitos, lo cual los hace ser considerados

(36). - *Criminología* Editorial Aguilar. Madrid España 1973. p. 451.

socialmente peligrosos y por tanto sujetos que deben ser enjuiciados por la conducta contraria a Derecho que han desplegado y con la cual dañan o ponen en peligro los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho.

PRONOSTICOS DE CONDUCTA.

Tanto la cuestión general de la adaptación individual de las sanciones como el problema especial de la reinserción social, han puesto en claro que la praxis de la determinación de las consecuencias del delito, dependen fuertemente de decisiones sobre el pronóstico, e incluso incide con éstas.

Pronóstico, normalmente en criminología es una afirmación sobre la futura conducta de un individuo, o, grupo de individuos, referida a la observancia de la Ley.

"Por pronóstico debe entenderse aquí solamente el pronóstico individual del autor. A tal respecto se trata solamente de la cuestión de cómo puede pretenderse con las mayores posibilidades la futura puesta legal a prueba del autor, empleando los medios punitivos del Derecho penal; no se trata de un pronóstico general sobre la vida, sino específicamente del momento de comisión del delito. El pronóstico es esencialmente una afirmación de probabilidad

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

sobre un acontecer futuro, y en especial, la conducta humana futura". (37)

Para establecer en criminología un pronóstico de conducta, el cual sea eficaz, y el mismo en consecuencia tenga éxito, es necesario establecer en primer lugar un diagnóstico, el cual va a servir de base al pronóstico; y para proporcionar éste es necesario pasar por una serie de etapas y estudios, los cuales van a ser aplicados a los sujetos en función de la valoración de los sujetos en el proceso de obtención del diagnóstico; en la práctica se pueden aplicar diversos métodos de estudio, de los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) Método amnésico, el cual consiste en la observación de la conducta de determinada persona para aplicar los conocimientos a casos similares.

b) Método intuitivo, el cual se basa en el presentimiento o corazonada, el cual carece de lógica o bases científicas.

c) Método estadístico, en el cual es necesaria una muestra suficientemente representativa y una selección adecuada de los rasgos que deberán tomarse en cuenta.

(37).- Zipf, Heinz. *Kriminal Politik*, esta obra se publicó en C.F. Muller Grossdruckerei und Verlag. 1979. p. 120.

En la práctica judicial en México, podemos establecer que los pronósticos de conducta se hacen necesarios, para la imposición de una pena (sentencia) en la cual se toman en cuenta las condiciones y circunstancias de ejecución de los delitos, ya que cuando se da inicio a un proceso judicial determinado (una vez que se ha dictado Auto de Formal Prisión o Sujeción a Proceso), la autoridad jurisdiccional (Juez) requiere al sujeto (procesado) a fin de que al mismo le sea practicado un "estudio de personalidad" por parte de los profesionistas seleccionados para la práctica de los mismos, el cual va a ser tomado en consideración al momento de dictarse la resolución judicial; ya que el estudio de personalidad va dirigido a establecer la personalidad del autor del delito en el momento mismo en el que el hecho ilícito ocurrió; y el cual consecuentemente va a ser tomado en consideración por la autoridad ejecutora al momento de establecer el tratamiento que al mismo se le va a imponer.

TRATAMIENTO CARCELARIO.

En nuestro sistema penal el tratamiento carcelario, se encuentra fundamentado como podemos observar, en nuestra Constitución Federal, la cual en su artículo 18 que en lo conducente establece: "los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para

el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto". Contando dicho numeral con dos leyes reglamentarias, las cuales son: la Ley que Establece Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (*) y Reglamento de Centros Federales de Readaptación social. (*)

A nivel doctrinal se ha definido el tratamiento carcelario:

Sánchez Galindo lo ha definido como: "El conjunto de elementos, normas y técnicas que se requieren para reestructurar la personalidad dañada del delincuente y hacerlo apto y productivo en su núcleo social" (38)

López Rey por su parte explica: "tratamiento quiere decir el modo o manera en que una persona, situación o cosa es manejada. Puede ser improvisado o estar predeterminado por una serie de reglas establecidas por una práctica, ley o reglamento, bien sea separada o complementariamente. Cuando el tratamiento es consecuencia de una función pública ejercida por

(*).- Ley que establece Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados. Artículo 2o. El sistema penal se organizara sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social.

(*).- Reglamento de Centros Federales de Readaptación Social.- Artículo 4o.- El tratamiento de los CEFRESOS se establecerá sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios de readaptación social del reo, procurando siempre su reingreso a la comunidad como un miembro más socialmente productivo acorde con el marco jurídico regulado por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.

(38).- Citado por Rodríguez Manzanera, Luis Op Cit. p. 382

una autoridad, se atiende, por lo común, a una serie de principios y disposiciones cuyo papel presenta tres aspectos: el tratamiento tiene que ajustarse a lo preestablecido; no debe vulnerar ciertos derechos fundamentales, principalmente los derechos humanos, y debe ser objeto de investigación criminológica, los tres aspectos se hallan unidos, y cada uno suscita una cuestión de límites de gran importancia, que se opone, al igual que en la prevención del delito, a una extensión desmedida del tratamiento." (39)

La aplicación del tratamiento depende básicamente del resultado del diagnóstico y el recomendado en el pronóstico, por lo cual el tratamiento que se pretenda aplicar al delincuente debe ser individualizado, situación que en la práctica judicial no se lleva a cabo, ya que generalmente a los delincuentes se les aplica un tratamiento estandarizado y masificado, la aplicación del tratamiento carcelario debe ser establecido como consecuencia de un estudio del delincuente desde un punto de vista bio-psico-social, y no únicamente como consecuencia de un estudio social, es decir, atendiendo específicamente al delito, debe atenderse más bien al delincuente.

Michel Foucault establece que el tratamiento carcelario se debe basar en los siguientes principios:

(39). - *Op Cit.* p. 460

"1) Principio de corrección.- El cual consiste en la enmienda del condenado como fin principal de la pena, es un principio sagrado cuya aplicación formal en el dominio de la ciencia y sobre todo en el de la legislación es muy reciente. La pena privativa de libertad tiene por fin esencial la enmienda y la readaptación social del condenado.

2) Principio de clasificación.- Los detenidos deben estar aislados o al menos repartidos según la gravedad de su acto, pero sobre todo según, su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se tiene intención de utilizar con ellos y las fases de su transformación. La distribución en los establecimientos penitenciarios de los individuos condenados a penas inferiores a un año tiene como base el sexo, la personalidad y el grado de perversión del delincuente.

3) Principio de modulación de las penas.- Siendo el objeto principal de la pena la reforma del culpable, sería de desear que se pudiera poner en libertad a todo condenado cuando su regeneración moral se halla suficientemente garantizada. Se aplica un régimen progresivo, con el fin de adoptar el tratamiento del preso a su actitud y a su grado de enmienda.

4) Principio de trabajo como obligación y como derecho.- El trabajo debe ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los

detenidos; el trabajo penal no debe considerarse como el complemento de la pena, sino como una dulcificación cuya privación ya no sería posible.

5) Principio de la educación penitenciaria.- La educación del detenido, es, por parte del poder público, una precaución indispensable en interés de la sociedad a la vez que una obligación frente al detenido.

6) Principio de control técnico de la detención.- El régimen de la prisión debe ser, controlado y tomado a cargo de un personal especializado que posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos.

7) Principio de las instituciones anejas (sic).- La prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del ex detenido. Sería preciso no sólo vigilarlo a su salida de la prisión, sino prestarle apoyo y ayuda, con el objeto de facilitar su readaptación." (40)

Con la anterior referencia de la prisión desde el punto de vista criminológico, podemos advertir que ésta además de ser la Institución jurídica encargada de la aplicación de las sanciones más importantes y relevantes en materia de justicia penal encuentra diferente justificación etiologica de

(40) .- *Op Cit p. 55*

su aplicación en atención a la observación de su desarrollo histórico, así podemos encontrar que la existencia jurídica de la prisión se haya vinculada de manera insoluble a explicaciones, justificaciones y críticas criminológicas, siendo que pesar de que con el desarrollo de las teorías de sociología criminal y criminológica, crítica que plantea una seria crítica a la prisión en la forma en que generalmente funciona ésta, el Derecho Penal y la criminología tradicional dejan en el área del discurso teórico, tales objeciones y la prisión continua funcionando como si éstas no existieran y aunque para muchos la idea de la resocialización a través de la prisión es un mito, la política penitenciaria en términos generales continua con su postura tradicional a nivel discursivo, es decir, con la idea de que la prisión debe seguir siendo utilizada con el fin de readaptar o resocializar a los delincuentes.

CAPITULO IV. - CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES DE LA PRISION

En el apartado final del trabajo dentro de las funciones discursivas del Derecho Penal ante su realidad operativa procuramos evidenciar la utilización de esa rama jurídica como un instrumento de control social, para ellos se resalta la evolución y manejo de las prisiones ya sea como pena o medida de seguridad (prisión preventiva), la intención de este análisis es la de poner de relieve el hecho de que aún cuando el discurso jurídico y criminológico tradicional en el sentido de que el fin del Derecho y de las penas o medidas de seguridad procuran alcanzar un ideal de justicia, o utilidad social al procurar rehabilitar a los delincuentes, resulta la contradicción que se presenta al observar la forma en que opera el sistema penal, es decir la diferencia abismal entre el recurso y la práctica revelan que independientemente de los postulados teóricos que se enarbolan en el discurso jurídico, la prisión cumple con el fin real de mantener cierto orden social, más que realizar justicia o curar a los desadaptados.

1.- EL DERECHO PENAL COMO INSTITUCION DE CONTROL SOCIAL

Con la necesidad de dominio y control social se ha estructurado un sistema de poder con la finalidad de mantener

cierta armonía en los procesos de interacción de sus componentes. Este requerimiento de un orden, sin duda es un fenómeno natural en cualquier comunidad organizada. El poder se detecta de manera clara, pero no exclusiva en el Estado, quien es el encargado de proveer a la sociedad la estabilidad a través del control social.

El control social suele ser concebido (en su aspecto represivo) como el conjunto de mecanismos instrumentados por el Estado que conducen y obligan al individuo que se desvía de las normas establecidas socialmente, a respetarlas y a conformarse con ellas. Como aspecto social de los grupos organizados el control social se ha manifestado desde las formas primitivas, no es difícil imaginar que en la antigüedad los que eran los más fuertes o los que poseían una mayor sabiduría, eran los que resolvían o aplacaban los conflictos de sus pequeños grupos y conducían sus destinos. Podemos imaginar que la forma de control social primitiva era informal y simple, pero ésta cumplía con sus finalidades.

Generalmente se identifica al control social con todo el sistema represivo institucionalizado, pero resulta importante advertir que el control social no sólo se circunscribe al ámbito de aplicación de un sistema coercitivo sino que es mucho más vasto y ambiguo de lo que a simple vista parecería, y para apreciarlo, habría que observar las

características y funciones que cumplen en nuestra sociedad la educación, la familia, la moral, el trabajo, la religión, los medios de comunicación.

El control social es el medio por el cual se ejerce presión en la conducta de los individuos y encausa sus comportamientos sobre pautas a veces imperceptibles, de valores y directrices sociales. Este se expresa a través de una acción combinada de presiones, que a veces moldean nuestra conducta y otras veces constituyen un arrastre que imperantemente nos conduce la presión ejercida por la acción del poder, es a veces intensa y se concentra en un sólo medio, que puede identificarse generalmente en instituciones represivas; mientras que cuando se ejercita de manera velada podemos detectar en aspectos ideologizantes de la sociedad (educación, religión, moral).

En la forma en que se ejercen presiones sobre los miembros de la comunidad es que encontramos lo que se conoce como control social formal, que se ejercita a través de las instituciones oficiales y del mismo control social informal que se ejerce en toda la gama de injerencias de la vida humana que son ajenas a tales influencias institucionales como la religión, educación, moral antes aducidas.

Con relación a esa apreciación señalada, Zaffaroni dice que "por un lado se encuentra una forma de "control social explícito", y por el otro encontramos un "control social difuso", comprendido en el primer plano al control punitivo institucional, mientras que en segundo término al que se da de manera encubierta y para descubrirlo hay que analizar la estructura familiar, la educación, los partidos políticos, la actividad artística, la investigación científica y otras áreas similares". (41)

El control social que Zaffaroni denomina explícito es aquél que es fácilmente observable y que a veces se concibe como el único existente, lo detectamos en la actividad de las llamadas instancias oficiales, es decir por todo el aparato burocrático que el estado monta para tal fin.

Por su parte Massimo Pavarinni "distingue dos formas de control social: Control Social Duro y Control Social Blando. Para él, control social "Duro" es aquél basado en la cárcel; mientras que el control social "Blando" es el que maneja por medio de otras formas de control social". (42) Sin duda al referir el control social "Duro", se alude al aspecto represivo de la manifestación del poder; mientras que al haber control social "Blando" se podrían incluir en el todo ese juego de presiones sobre los individuos que se da a través de instancias oficiales o no, pero de manera sobre todo ideologizante.

(41).- *Op Cit.* p. 23

(42).- *Control y Dominación editorial Siglo XXI México p. 73 y 55*

En términos generales podíamos señalar que toda la estructura jurídico-política-económica del estado es la que compone el sistema de control social formal o institucional, y sin embargo, parecería que el sector policial, judicial o carcelario, son la parte del estado que exclusivamente se dedica a la consecución del orden social; esto se debe a la presentación formal e ideológica que del sistema represivo institucional y a la minimización de la importancia de las otras áreas que cumplen igual función y que son la que ya aludimos.

Al igual que todas las distintas áreas políticas, el llamado sistema de justicia es un subsistema específico en el universo de los procesos de control social formal, como parte de una red capilar del universo de los procesos de socialización y tal como se nos presenta hoy día, constituye parte esencial de la supervivencia del sistema social.

Cuando se habla de derecho penal de manera general, su concepto en sí involucra diversos aspectos de un mismo fenómeno. Por un lado, puede ser estimado como un conjunto de leyes, es decir la legislación penal. Por otra parte también puede ser considerado como el sistema de comprensión e interpretación de dichas leyes. Cuando se menciona el derecho penal, a pesar de estar refiriéndose a uno solo de los aspectos aludidos, se involucran ambos extremos de su concepción ya que

uno es producto del otro. Al mismo tiempo y en razón de que el derecho penal es el instrumento punitivo utilizado por el Estado a través de las distintas instituciones que integran el sistema estructurado para tal fin, se debe de concebir también al derecho penal como al instrumento formal punitivo del control social por excelencia.

La particular naturaleza del derecho penal, que estriba en la característica punitiva de éste, requiere una justificación y legitimación de ese poder de dominación social ejercido por medio de las penas, que generalmente son privativas de la libertad, es decir dominación a través de la prisión.

En el proceso de consolidación del poder social, el Estado legitima su reacción punitiva con la capacidad de asegurar el orden social. De esa manera se origina el "ius puniendi", que se desarrolla como el fundamento y límite de la intervención coercitiva estatal. Con relación al origen del "ius puniendi" Zaffaroni señala que: "la idea del ius puniendi como derecho subjetivo del Estado, se desarrolla con el objeto de ponerle un límite, es decir para responder a la siguiente pregunta: ¿hasta dónde se puede institucionalizar la coerción penal"? (43).

(43). - *Op Cit.* p. 30

Por otro lado y con relación al mencionado derecho a castigar por parte del Estado, Alessandro Baratta apunta que "la autolimitación al uso de la represión física en su función punitiva, por parte del poder central, a través de las definiciones legales de los delitos y de las penas, es un fenómeno reciente en la historia del Estado moderno. A este fenómeno corresponde la nueva ideología legitimante que constituye el núcleo del Estado de derecho y del pensamiento liberal clásico, así como en particular de las escuelas liberales clásicas del derecho penal" (44). Por lo que es dable esperar una ideología que lo legitime y lo justifique.

El principio de legalidad es aquél en el que se ha basado la legitimación del uso del poder represivo del Estado para mantener el orden social. Esa legitimación (para mantener el orden social) ha implicado la definición de los delitos y el establecimiento de las penas, lo que ha propiciado el surgimiento de una ideología legitimante de la existencia y naturaleza de esas figuras del derecho penal.

El Derecho Penal y particularmente el principio de legalidad, tienen subyacente la ideología justificante y racionalizante del sistema de control social en general y represivo en particular. Y por otro lado, la legitimidad de tal institución, que implica una cuestión ético-jurídica, se

(44). - *Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal Tercer Encuentro de Criminología 1982.* p. 53

encuentra basada en la defensa de bienes que históricamente han sido calificados como los más altos, y son comunes a todos los individuos, como la vida, la propiedad privada, la libertad.

En ese sentido funcional, al derecho penal se le concibe como una aspiración ética, la de evitar la comisión y repetición de conductas que afectan en forma intolerable los bienes jurídico penalmente tutelados. De esa forma el derecho penal ha sido utilizado como el estandarte institucional en la defensa de la sociedad y pocas veces se le ha concebido como el instrumento de dominación y represión de que lo acusan sus detractores modernos.

2.- EVOLUCION DE LAS PRISIONES.

Ya hablamos apuntado que en el origen de la prisión como Institución de coerción penal se ha dicho que ésta se creó con una finalidad humanista para remplazar las penas capitales e infamantes aplicadas hasta fines del siglo XVIII, también se dice que "al incluir a la prisión como una pieza esencial del arsenal punitivo la justicia penal tiene su acceso a la humanidad e incluso se ha denominado a la cárcel como la pena de las sociedades civilizadas." (45)

"La atenuación de la severidad penal es un fenómeno notorio, la pena dejó de centrarse en la tortura y el

(45). - *Foucault, Michel Op Cit. p. 233*

sufrimiento y adoptó como objeto principal la pérdida de un bien. Ese bien es el que se ha concentrado la reacción punitiva es la libertad (y en algunos Estados es la vida), y para justificar el haberse recurrido a tal medida se argumenta que no se trata de un capricho del legislador, sino que es resultado de un progreso ideológico realizándose una intervención estatal sobre un bien igualitario que se supone que tiene el mismo precio para todos". (46)

El carácter igualitario que se atribuye a la libertad resulta sumamente cuestionable sobre todo cuando en una sociedad capitalista con valores tan diferenciados entre una clase y otra, más aún cuando la asociación del concepto libertad se hace respecto de parámetros económicos y sociales de un momento histórico dado.

En la crítica de la cárcel se ha destacado que a raíz del nacimiento de las sociedades capitalistas su nexo con los intereses de los industriales es bastante notorio y significativo y la población carcelaria resultaba altamente funcional respecto de las relaciones de reproducción de ese sistema social, y de ahí que se ha dicho que la prisión sintetiza los objetivos principales de la sociedad capitalista: vigilancia y disciplina de sus miembros.

(46). - Foucault, Michel citado por Alvarez Gómez, *Josefina La Cárcel ante el Tercer Milenio. entre el temor y la esperanza* Cárdenas editor y distribuidor México 1991. p. 45

Bajo esa concepción de la evolución de la cárcel adoptó un nuevo sesgo ideológico para legitimar la privación de la libertad como castigo sustitutivo de las penas infamantes, y la corriente científica. Mediante el positivismo hizo posible adoptar la fundamentación teórica tradicional, basada en la idea de la peligrosidad de los criminales y la función social de la prisión.

La utilización de la prisión como institución de carácter terapéutico ha sido el núcleo del discurso jurídico tradicional del derecho penal y la mejor justificación de uso tan excesivo. De tal suerte, al observar a la institución carcelaria y los argumentos que se han esgrimido para fundamentar su aplicación, enfrentados a las teorías de la pena, como lo señala Josefina Alvarez: "el fin que logró mayor entusiasmo y las más solidas esperanzas entre los penalistas fue el preventivo especial, el fin rehabilitador...."; y pese a todas las críticas que recibe esa postura, sigue siendo la base y fundamento de la mayoría de los sistemas punitivos, resultando hasta ahora, la mejor justificación que ha dado el derecho penal y la criminología tradicional sobre el funcionamiento real del sistema punitivo en general y de la prisión en particular.

A pesar de todas las críticas que ha recibido la utilización de la prisión con los nobles fines rehabilitadores

que presenta la mayoría de las Instituciones carcelarias siguen encontrándose organizadas y fundamentadas en esa ideología rehabilitadora, siguiendo tal vez las directrices legales al respecto. Sin embargo, no han sido pocos los criminólogos tradicionales, los juristas y la sociedad en general que han tenido que reconocer que la crisis de las prisiones no es un problema coyuntural, de infraestructura o presupuesto, sino que por la naturaleza misma de ésta, el aislamiento, la asignación, la contaminación carcelaria, la despersonalización, la estigmatización, la desculturización y adopción de una subcultura distinta, ésta institución no cumple los fines que la fundamentan, tendiendo que reconocer que ha de buscarse un diverso fundamento para tal Institución.

Con el desarrollo de la criminología crítica, que combate a la criminología tradicional, al Derecho Penal y a la prisión en sí, se ha dicho que la realidad de las prisiones es un reflejo de la realidad misma del Derecho Penal por lo cual debería declararse francamente que el fin de la utilización de esas instituciones y del propio Derecho Penal, no lo es el de la consecución de la justicia, o, de la readaptación de los delincuentes, sino que lo es el control social y el aislamiento del resto de la sociedad de los sujetos que no respeten las normas de convivencia y que atenten contra el estado de cosas.

Con el desarrollo de la criminología crítica, que combate a la criminología tradicional, al Derecho Penal y a la

prisión en sí, se ha dicho que la realidad de las prisiones es un reflejo de la realidad misma del Derecho Penal por lo cual debería declararse francamente que el fin de la utilización de las prisiones y del propio Derecho Penal no lo es el de la consecución de la justicia o de la readaptación de los delincuentes, sino que lo es el control social y el aislamiento del resto de la sociedad de los sujetos que no respeten las normas de convivencia y que atenten contra el estado de cosas.

Dentro de la bibliografía de la criminología crítica, se ha señalado que el Estado a través de la política penitenciaria moderna se ha reconocido el fracaso de la prisión como readaptadora de manera tácita, cuando las prisiones que hoy día se construyen son de máxima seguridad, como el Centro Federal número 1 de Almoloya de Juárez, Estado de México, evidenciando su verdadera finalidad, esto es el aislamiento de los sujetos antisociales.

3.- MANEJO DE CONCEPTOS "PELIGROSIDAD-CULPABILIDAD" EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO.

Uno de los aspectos que más se han criticado del sistema penal, lo es el principio de la peligrosidad que ha sustentado su funcionamiento clásico. En la Constitución Política del país se establece la responsabilidad del acto y

no de autor, sin embargo, ese mismo cuerpo de leyes fundamentales en el (párrafo segundo del artículo 18) (*), dispone que la prisión como pena tiene la función de lograr la readaptación social del delincuente, lo cual resulta contradictorio con el principio de la responsabilidad por el acto cometido que se atribuye la Constitución.

A pesar de que con las reformas que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994 en el Código Penal se han tratado de eliminar conceptos positivistas, tales como la peligrosidad (como fundamento y medida de la pena), y la reincidencia (como fundamento para aumentar las penas en atención a los delitos pasados por los cuales ya se había sancionado); el sistema punitivo, y particularmente las cárceles, siguen operando basadas en la idea de el principio de peligrosidad, ya que los jueces aún siguen aplicando los mismos criterios para individualizar las penas, y únicamente han cambiado el vocablo "peligrosidad" por "culpabilidad" sin que en esencia las consideraciones de su contenido varían.

Por su lado la prisión, y ahora con un discurso incongruente y con el nuevo discurso jurídico plasmado en la legislación sustantiva, continúa intocada en su organización y

(*).- Artículo 18 Constitucional párrafo segundo. Los gobiernos de la federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto....

fundamentos, es decir habiéndose declarado en la legislación penal que el fundamento y medida de las penas lo es la culpabilidad del autor por el hecho cometido, se desvirtúan los fines rehabilitadores de la cárcel por el estado peligroso del sujeto.

Otro dato revelador de la presunción de peligrosidad del sistema lo es la utilización y abuso de la prisión preventiva, ya que se extrae de su núcleo familiar social (e incluso de su propia personalidad) a personas que por un lado, son de clase desposeída, y que por otro lado aún no se acredita que sean responsables del lucro que se les atribuye, sufriendo la acción represiva del Estado aún y cuando al dictarse la sentencia se concluya que no existió el ilícito o la Responsabilidad Penal de esa persona que estuvo meses o años privada de su libertad.

Otra figura de nuestro sistema penal que evidencia la presunción de peligrosidad en que se basa el manejo del sistema penal lo es el "estudio de personalidad", que se utiliza como medio para agravar la incriminación penal y que además de resultar un elemento totalmente subjetivo es inconstitucional, ya que la Constitución Política del país ordena en su artículo 19 párrafo segundo que " todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión ...", por lo tanto los procesos penales deben seguirse en atención exclusiva del delito de que se trate, no así en torno

a la personalidad de los encausados; aunque la práctica en estudio sea consecuencia lógica de los fundamentos de las sanciones (peligrosistas) y los fines de la prisión (rehabilitación).

El estudio de personalidad tiene sus bases en la criminología clínica, en la cual los exámenes deben estar dirigidos para el conocimiento de la personalidad del inculcado al momento de haber cometido el delito, es decir la importancia de esos estudios es el conocimiento del autor de su personalidad; incluso este tipo de ideas llegó al extremo en nuestro medio de sancionar como delito, el no tener una fuente de ingresos económicos, es decir de no poseer trabajo (artículo 256 del Código Penal en materia del fuero común para el Distrito Federal y para toda la República en materia del fuero Federal) que afortunadamente ante las insistencias críticas sobre la aberrante de su existencia en el catálogo punitivo fue derogada como figura ilícita.

Además de todo lo anterior, la lógica del manejo del poder en ese sentido se veía reforzada a nivel judicial cuando inconstitucionalmente se ordena en el Código Penal, que los Jueces para la aplicación de las sanciones penales deben tomar en cuenta las circunstancias personales del encausado y deben requerir dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto.

Todo ello resulta del principio de presunción de peligrosidad en el que se basa la operación del sistema penal y que particularmente se advierte en el funcionamiento del poder judicial, donde toda persona que cae en su ámbito de competencia, de entrada se presume es delincuente peligroso y como tal es tratado.

En la operación cotidiana del sistema de justicia penal podemos encontrar un juego dialéctico entre los conceptos Culpabilidad-Peligrosidad inbuido en las distintas instancias que lo componen. En el nivel Legislativo con las reformas de 1994 en los artículos del Código Penal que se refieren a las reglas para la individualización de las sanciones ya se incluyo como dijimos el concepto de culpabilidad en sustitución del de peligrosidad, lo cual implica un giro completo al tipo de Derecho Penal que se programa (Derecho Penal de autor-Derecho Penal de acto), sin embargo la práctica judicial únicamente hizo un cambio de vocablos e incluso aveces son señalados de manera asistemática e incongruente ambos cuando se refiere al fundamento para individualizar la sanción, pero de alguna forma se advierte en ese ámbito preocupación por lograr la superación del sistema penal.

En la instancia ejecutiva o penitenciaria las reformas penales no han tenido la menor influencia, cuando debería ser todo lo contrario puesto que la reforma de la

política criminal debe ser integralmente concebida, siendo que las prisiones lejos de procurar revertir sus fundamentos y organización y funcionamiento, continúan esgrimiendo las mismas políticas basadas en ideas que la legislación ha dejado en desuso y más aún encamina su renovación a formas carcelarias que en nada tienen que ver con la restricción de la libertad como retribución del mal causado (base de la idea de la culpabilidad), sino que se basan en una forma de prevención especial más sutil aún, sino en sentido positivo que lo es el de la rehabilitación, si en sentido negativo que lo es el del aislamiento extremo de los sujetos antisociales.

4.- EFECTOS DE LA PRISION.

Como ya hemos dicho la prisión (cúspide del sistema penal) presenta un discurso que justifica su existencia, basado en el principio de la resocialización y de la reforma de los presos, basada en los tratamientos terapéuticos, la educación y el trabajo (párrafo segundo, artículo 18 Constitucional).

Sin embargo, aún y cuando nadie o casi nadie defiende ese discurso, pocos conciben en realidad el poder total que el Estado tiene sobre los individuos a través de esa institución, donde no sólo son privados de su libertad algunos sujetos desviados de las pautas sociales, sino que son despojados de su

familia, amigos e incluso de su propia personalidad, transformándolos de individuos a objetos o a animales insensibles.

Es oportuno aclarar que al referirnos a la prisión lo hacemos aludiendo al concepto genérico de esa institución encargada de separar del resto de la sociedad a ciertos individuos; sin que tenga utilidad distinguir en este momento entre prisión preventiva, o, prisión como pena propiamente dicha, ya que los efectos sobre el individuo son los mismos, puesto que ambas son instituciones totales en las que los sujetos viven en la misma situación de encierro.

En efecto; la prisión sea de carácter provisional o permanente (como pena determinada) conlleva los mismos efectos de prisionalización hacia el individuo; y se trate de un Reclusorio Preventivo o de una Institución Penitenciaria, el tratamiento es idéntico aunque en el segundo tipo de instituciones sus efectos son más agudos, por la duración del internamiento.

Al respecto, "Erving Goffman en su ensayo sobre la situación de los sujetos que se encuentran en instituciones totales como la cárcel, hace un relato vivencial del mundo del interno, a quien de entrada se le presenta un cambio cultural de su mundo y estilo de vida, y en su relato podemos advertir

que nos presenta la experiencia de toda persona que en un momento dado ha vivido en carne propia una reclusión penal o ha tenido estrecho contacto con la vida penitenciaria". (47)

Así pues, como procedimiento común a toda prisión cuando una persona ingresa lo primero que le ocurre es que le son despojadas todas las pertenencias que lo identifiquen de acuerdo al rol social que tenía, procurando aislarlo de su pasado para incorporarlo al mundo de la prisión. Se le instrumenta un procedimiento de admisión que va desde bañarlo, cortarle el pelo (hasta casi dejarlo a rapa), vestirlo con uniforme y asignarle un número de identificación y dormitorio. Al incorporarse a la vida de prisión, el interno debe instruirse en las reglas de ésta, y poco a poco va sufriendo una desfiguración de su persona y de su dignidad, reflejándose en la apariencia que presentan y el trato que tienen para con las autoridades, a quienes regularmente al dirigirse a ellos deben anteponer la palabra: "señor".

En esa despersonalización del preso y ese proceso de adaptación al sistema carcelario, se da también una forma de contaminación interpersonal entre todos ellos, llegando incluso a las vejaciones de naturaleza sexual, siendo común que en nuestro medio, los homosexuales y los violadores sufran ataques de la misma naturaleza al llegar a la prisión. En ese proceso

(47). - *Internados*, Editorial Amorrortu Buenos Aires 1970.

de despersonalización, en la cultura carcelaria todos los internos, o por lo menos en su mayoría, tiene apodos, que poco a poco constituyen un elemento más para despersonalizarlos y adaptarlos a su nuevo ser, en su nuevo mundo.

En la prisión, los internos al instruirse sobre el manejo formal e informal de esa institución, se tienen que ajustar a las normas establecidas, aunque se afecte con ello la poca dignidad con que son tratados. Así, los privilegios y castigos son manejados en atención a la subordinación y servilismo con que se comportan frente a las autoridades y a los líderes.

Aún después de esa forma de estigmatización y desculturización, así como inversamente de culturización carcelaria, son frecuentes las declaraciones estatales entorno a la que, las instituciones totales se ocupan noblemente de rehabilitar al interno, de tal modo que al salir de ellas puedan decidir la continuación de las conductas y normas sociales; pero en realidad ese pretendido cambio en los internos rara vez se cumple; y si en la mayoría de los casos produce una alteración permanente, pero los cambios no son casi nunca los que la institución se había propuesto conseguir, quien ha permanecido en prisión por un determinado lapso, seguramente saldrá con vicios y habilidades delincuenciales que no tenía antes de ingresar a ella.

En ese sentido compartimos la apreciación de Goffman sobre el hecho de que muchas instituciones totales (especialmente la prisión), aunque tengan un discurso humanista, parecen funcionar la mayor parte del tiempo sin otro propósito que el de servir como depósito de internos, aunque generalmente se presentan ante el público con una fachada totalmente distinta.

Los presos son objetos humanos en las instituciones totales como la prisión, y el principal propósito de esa institución es el de lograr su control, sin tomar en cuenta el bienestar de éstos. Las instituciones penitenciarias procuran justificar su existencia con la contratación de profesionistas a quienes incluyen en la plantilla del personal para racionalizar y hacer verosímiles los fines ideales de la prisión, mismos que son colocados en una situación totalmente contradictoria, ya que al interno por medio de la estigmatización y desculturización se conduce a la obediencia extrema, mientras ellos deben dar la idea de realizar una tarea humanitaria afin con los propósitos de la institución.

Estas son sólo algunas de las características de la operatividad y efectos reales de la prisión sobre los individuos, sin embargo los efectos desgastantes de la personalización que sufren los internos, de la estigmatización social que son objeto y otras características igualmente perjudiciales, son ignoradas por toda la sociedad y pese a que

todo mundo tiene una idea de la vida en prisión y los efectos negativos que ejerce sobre los individuos, aún se siguen sosteniendo rimbombantemente los fines de esa institución, empero, al advertir que esas características de la prisión y el trato que se da a todos los presos es común a nivel mundial, podemos asegurar que la cárcel, como el resto de las agencias del sistema penal, tienen razones funcionales para actuar como lo hacen y también para emitir un discurso explicativo y justificatorio totalmente falso, que en el caso lo sería la vigencia del control social de los individuos que no se conforman y respetan las normas de convivencia social, y la reafirmación de un estado social de cosas.

El aspecto que nos parece relevante del desarrollo del presente trabajo lo es el de extraer un tópico que generalmente es tratado dentro del marco jurídico o criminológico, es decir, una de las inquietudes que motivaron la indagación del tema de la prisión y la estructuración del trabajo en la forma en que se encuentra presentado lo fue el admitir que en la materia jurídica los presupuestos legales a nivel Constitucional, sustantivos, adjetivos y ejecutivos de la prisión se encuentran encerrados dentro de un marco legal que establece sus bases y formas de operación y a cada uno de éstos presupuestos le resulta correspondiente una tendencia criminológica que suele ser identificada como criminología positivista, clínica o tradicional; sin embargo tomando en

consideración que las leyes sustantivas han sido reformadas en relación al fundamento y límite de la imposición de las penas, dando un giro diametral los conceptos peligrosidad a culpabilidad, ello trastoca los fundamentos mismos de la prisión, por lo que si la peligrosidad ya no es el fundamento y límite de la pena, la criminología clínica que supone enfermos a los delincuentes, resulta ya incorrespondiente para sustentar el manejo de la prisión y por esa razón y partiendo de la base del principio de culpabilidad es que se deben buscar fundamentos más congruentes para justificar la existencia de la prisión, de tal suerte que en nuestro punto de vista y con las reservas de que éste no es un trabajo sobre la eficacia o no de la rehabilitación, pero tomando en cuenta la opinión generalizada de que la misma no se logra con la prisión, hemos de entender a esta institución como una forma de control social, y que es el principal instrumento del que echa mano el Estado a través del sistema punitivo institucionalizado de control social: el Derecho Penal; y que sea cual fuere el discurso que el Estado a través de las Leyes, la doctrina penal o la criminología tradicional presenten sobre la prisión ésta invariablemente es una forma de mantener el orden social.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos abordado el estudio de lo que para muchos es la cúspide del Derecho Penal: la prisión. Su estudio lo realizamos desde distintas ópticas que de alguna forma se encuentran involucradas entre sí. Partimos de la base del estudio de sus cimientos jurídicos evidenciando los postulados que la moldean ya sea como medida de seguridad, o bien, como pena para una mejor captación de la prisión desde el punto de vista jurídico, destacamos el sustento legal que se encuentra en torno a dicha institución, que se encuentran precisados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las leyes secundarias de la materia.

Ahora bien, siendo que la instrumentación legal de la prisión involucra aspectos criminológicos y político-criminales ó político-criminológicos y que ésta conlleva el manejo de conceptos tales como: "medida de seguridad", "pena", "rehabilitación de los individuos" y "control social", la mera óptica jurídica del estudio de la prisión, en nuestro concepto resulta insuficiente para concebir a la prisión en la forma en que funciona, por lo cual resulta imprescindible su análisis a través de un enfoque multidisciplinario y con base en ello es que después de haber realizado un estudio en tales condiciones, nos permitimos formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La prisión es el instrumento jurídico de sanción penal por excelencia, y los únicos fundamentos que la

justifican a nivel teórico lo son a imponerla como pena lo es considerada como un mal impuesto al delincuente por el mal causado; ó como una forma de disuación de la colectividad para que no cometa delitos, o bien, como una sanción impuesta con la pretensión de lograr la rehabilitación o readaptación de los delincuentes.

SEGUNDA.- Desde la óptica jurídica a nivel constitucional la prisión como pena se encuentra orientada a la consecución de la readaptación de los delincuentes; suponiéndose una necesidad de rehabilitación de éstas y por ende un estado peligroso. Mientras que a nivel sustantivo (Código Penal) se disponen las reglas de aplicación de la pena de prisión (y las demás sanciones) en base a la culpabilidad de los delincuentes soslayando el carácter peligroso que éstos puedan tener; lo que evidencia falta de uniformidad al respecto con las leyes penales.

TERCERA.- Dentro de la corriente criminológica se habían desarrollado diferentes posturas debatiendo el discurso de la idea de la rehabilitación a través de la prisión, y tomando en cuenta los fundamentos que sustentan tal postura y los efectos palpables de la prisionalización, podemos concluir que en las condiciones en que dicha institución de segregación se maneja lejos de poder lograr la rehabilitación de los delincuentes se producen efectos contrarios (desculturización, estigmatización, y contaminación carcelaria).

CUARTA.- Desde la óptica político-criminal al concebirse al Derecho Penal como un instrumento de control social y evidenciar que el discurso jurídico no corresponde a la realidad, es decir que la prisión no es una institución que logre la readaptación de los individuos y que las políticas penitenciarias modernas tácitamente declaren ello al crear cárceles de máxima seguridad, y observando la evolución de esta institución y la forma en que es utilizada en nuestro sistema penal, debe concebirse a la prisión como un instrumento de control social, que a su vez forma parte del instrumento punitivo institucionalizado; sea en su carácter preventivo o como pena propiamente dicha y su manejo y utilización resulta propio para el fin del Estado a través del Derecho Penal, que en el caso lo es la segregación, o, aislamiento de individuos que atentan contra las normas y valores preponderantes de la sociedad y concretamente de los detentadores del poder, en aras de mantener condiciones armónicas entre los componentes sociales.

QUINTA.- La Prisión es una Institución sancionadora por excelencia y para lograr una mejor comprensión de sus fundamentos; para la consecución de formas operativas y funcionales más eficaces; y para presentarla a nivel discursivo y legal con mayor congruencia, se debe estudiar desde los puntos de vista Político Criminal, que es del que se desprende el conjunto de directrices de su función y aplicación;

Jurídico, que sentará las bases legales de esa ordenación y orientación; y Criminológico, que dará congruencia y contenido a su existencia; por la forma en que se encuentra presentada en esos tres distintos niveles se denota una marcada incongruencia con lo que se dice que debe ser y con lo que es realmente.

BIBLIOGRAFIA

- Alvarez Gómez Josefina La Cárcel ante el tercer milenio. entre el temor y la esperanza Cárdenas editor y distribuidor México 1991.
- Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal, parte general, 2da. edición, Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá Colombia
- Baratta Alessandro Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal. Siglo XXI editores. México 1986.
- _____ Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal Tercer Encuentro de Criminología 1982.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 23 edición, Editorial Porrúa. México 1991.
- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementos del Derecho Penal, Parte General, 15a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1981.
- Castro Juventino V. El Ministerio Público en México Funciones y Disfunciones. 4a. edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 1982.
- Chichizola Mario I. La Individualización de la Pena. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1967.
- Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15a. edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1984.

- De la Barreda Zolorzano, Luis Abolir la prisión: un cántico de sirenas. El Sistema Penitenciario entre el temor y la esperanza. Orlando Cárdenas editor México 1991
- De Pina Rafael. Diccionario de Derecho, 3a. Edición, Editorial Porrúa S.A., de C. V., México 1973.
- Del Pont, Luis Marco. Derecho Penitenciario, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1984.
- Foucault Michel Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión Siglo XXI editores S.A. de C.V. México 1976.
- Goffman Earving, internados, editorial Amorrortu Buenos Aires 1970.
- Jiménez de Asua Luis. El criminalista. 3a edición, Tomo IV, Cárdenas editor y distribuidor. México 1989.
- _____ . Lecciones de Derecho Penal, Editorial Pedagógico Iberoamérica. México 1995.
- López Rey Manuel. Criminología Editorial Aguilar. Madrid España 1973.
- Pavaronni Massimo Control y Dominación editorial Siglo XXI México.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general. 3a. edición. Editorial Porrúa S.A. México 1974.
- Rodríguez Manzanera Luis, La Individualización de la Reacción Penal. Ponencia que presenta al II Congreso Mexicano de Derecho Penal, México 1984.

- _____ . Criminología; tercera edición Editorial Porrúa S.A., México 1982.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1991.
- Zipf Heinz. Kriminal Politik, se publicó esta obra en C.F. Meuller Grossdruckerei und Verlag 1979.

LEGISLACION CONSULTADA.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista S.A. de C.V. México 1994.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para todo la República en Materia Federal, 52a. edición, Editorial Porrúa S.A. México 1994.
- Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social del Sentenciados, 52a. edición. Editorial Porrúa, México 1994.
- Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social, 52a. edición, Editorial Porrúa S.A., México 1994.

BIBLIOGRAFIA.

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Ferrajoli, L. El Derecho Penal Mínimo , en revistas de Poder y Control No. 0, Barcelona, 1956.